

Université de Montréal

**La régulation de l'économie numérique au Sénégal : la convergence des
télécommunications et de l'audiovisuel**

Par

Amadou Niokhor MBENGUE

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de Droit
en vue de l'obtention du grade de
Maîtrise en droit — option recherche (LL.M)

Juin -2016

© Amadou Niokhor MBENGUE, 2016



Résumé

Établir une régulation de l'économie numérique au Sénégal représente un enjeu fondamental pour les gouvernants et l'ensemble des acteurs qui la compose. Suivant une démarche plus globalisée, d'énormes mutations normatives visant les rationalités et les mécanismes de réglementations ont évolué dans le temps donnant une place plus considérable au droit dans les politiques publiques des États. Différents modèles normatifs et institutionnels sont ainsi adaptés pour prendre en charge le phénomène de la convergence dépendamment du contexte réglementaire du pays.

Pour ce qui est du contexte actuel du Sénégal, l'étanchéité des réglementations relatives aux télécommunications et à l'audiovisuel, désormais convergent, est fondée sur un modèle de réglementation sectorielle. Toutefois, leur convergence a provoqué un brouillage des frontières qui risque désormais de poser des conséquences énormes sur le plan normatif tel que des risques d'enchevêtrement sur le plan institutionnel ou réglementaire. Or au plan national, il n'existe à ce jour aucun texte visant à asseoir les bases d'une régulation convergente.

Ainsi, à la question de savoir si la régulation sectorielle est pertinente au regard de l'environnement du numérique marqué par la convergence, il s'est avéré qu'elle pourrait être adoptée comme modèle à court terme. Mais dans un but de réaliser des économies d'échelle pour réguler efficacement les différents secteurs et industries infrastructurelles, il faut un modèle de régulation unique marquée par la fusion de l'ARTP et du CNRA. D'une part, la régulation sectorielle permet d'accompagner la transition vers le numérique

déjà lancée et d'autre part la régulation multisectorielle servira une fois la convergence des marchés établis.

Mots-clés : Régulation, Convergence, ARTP, CNRA, Sénégal, Économie numérique, Analogie, Numérique

Abstract

Establish a regulation of the digital economy in Senegal represents a fundamental challenge for governments and all the players. In a more globalized approach, huge changes to normative rationalities and mechanisms of regulation, that have evolved over time giving a more important place to the right policies of states. Different regulatory and institutional models are well suited to support the phenomenon of convergence depending on the country's regulatory environment.

Regarding the current context of Senegal, the model of regulations relating to telecommunications and audiovisual, now converging, are based on a sectorial regulatory model. However, convergence has led to a blurring of boundaries which could pose enormous consequences normatively as the risk of confusion on the institutional or regulatory level. But nationally, there is to date no policy to sit the foundations of a convergent regulation.

There for, the question of whether sector regulation is relevant to the digital environment characterized by convergence. It turned out that it could be adopted as a short term model. But in order to achieve economies of scale to effectively regulate the different infrastructures and sectors requires a single regulatory model marked by the merger of ARTP and CNRA. Maintaining sector regulation will allow currying the transition to digital that already started and also the multispectral regulatory convergence will established converging markets.

Keywords : Regulation, Convergence, Sénégal, Digital Économy, ARTP, CNRA, Analogy, Digital

Table des matières

Introduction	2
Première Partie : Étude des cadres normatifs, institutionnels et rationalités juridiques changeant avec la convergence	21
Chapitre Premier : Mutations normatives et approches pour une meilleure prise en charges des mutations occasionnées par le numérique	22
Section I : Les divers approches juridiques et mécanismes alternatifs non contraignants des acteurs	25
Paragraphe 1 : Approches Juridiques tirées des pratiques d'État	25
Paragraphe 2 : Les mécanismes alternatifs et coopératifs des États	28
Section II : Les modèles organiques et institutionnels adaptés à la convergence	32
Paragraphe 1 : Les différents modèles organiques de la réglementation de la convergence	32
Paragraphe 2 : Les différents types de régulateurs	35
Chapitre II : Analyse de l'intervention étatique dans l'économie et rationalité des techniques d'interventions à l'ère postmoderne	41
Section I : La régulation un nouveau modèle d'État	43
Paragraphe 1 : Les raisons d'intervention de l'État	43
Paragraphe 2 : La place du droit dans la régulation	46
Section II : Analyse des rationalités des normes réglementaires, des mécanismes et techniques d'interventions juridiques	49

Paragraphe 1 : les rationalités juridiques au niveau macrojuridique et microjuridique.	51
Paragraphe 2 : Techniques d'interventions juridiques et mécanismes de réglementations.	53
Conclusion première partie	58
Deuxième partie : Référentiel de la régulation de la transition au numérique et recommandation pour un cadre juridique convergent.	59
Chapitre I : Les enjeux fondamentaux de la régulation du passage de l'analogie au numérique.	62
Section I : Le passage de l'analogie au numérique : le cas du Sénégal.	63
Paragraphe 1 : Le choix de la norme de diffusion	64
Paragraphe 2 : le choix du diffuseur unique et risque sur la concurrence.	66
Section II : Les Enjeux juridiques de la régulation de la transition au numérique.	68
Paragraphe 1 : La gestion des fréquences du dividende numérique et obstacles juridiques	69
Paragraphe 2 : Procédures d'autorisation et régime juridique applicable à l'exploitation des fréquences hertziennes terrestre.	72
Chapitre II : Recommandations portant amélioration du cadre juridique de la régulation de la convergence.	78
Section I : Recommandation pour un cadre normatif et institutionnel adapté à la convergence	79

Paragraphe 1 : le modèle normatif visant la régulation ex ante et ex post.....	81
Paragraphe 2 : l'adoption d'un cadre institutionnel en vue d'une régulation convergente.....	90
Section II : Recommandations visant l'adoption d'un cadre juridique convergent des télécommunications et de l'audiovisuel	94
Paragraphe 1 : recommandation visant l'adoption d'un cadre institutionnel collaboratif visant l'indépendance du régulateur.....	94
Paragraphe 2 : recommandations visant un cadre normatif indépendant et impartial	98
Conclusion	103

Liste des sigles

A.A. I	Autorité Administrative Indépendante
ACIF	Australian Construction Industry Forum
ADSL	Asymétric Digital Subscriber Line
Al	Alinéa
AOF	Afrique Occidentale Française
ARCEP	Agence de Régulation des Communications Électronique et des Postes
ART	Article
ARTP	Agence de Régulation des télécommunications et des Postes
ASCOTEN	Association des Consommateurs Sénégalais
BCEAO	Banque Centrale des États de l’Afrique de l’Ouest
CCC	Comité consultatif de la concurrence
CIPACO	Centre sur les Politiques Internationales des TIC en Afrique du Centre e de l’Ouest
CONTAN	Comité national de pilotage de la Transition de l’Analogie au Numérique
CNC	Comité Nationale de la Concurrence (du Sénégal)
C.N. N	Conseil National du Numérique
CNRA	Conseil National de Régulation de l’audiovisuel

CRR-06	Conférence Régionale des Radiocommunications
CSA	Conseil Supérieur de l’audiovisuel
DAB	Digital Audio Broadcasting
DVB-T	Digital Video Broadcasting- Terrestrial
GHZ	Giga Hertz
GRCC	Groupe de Réflexion sur la Compétitivité et la croissance
HCRT	Haut Conseil de la Radio Télévision
HCT	Haut Conseil de l’Audiovisuel
ICANN	Internet for Assigned Names and Number
ICTI	Institut des Communications et des Technologies de l’Information
ISDB-T	Integraed System Digital Broadcasting- Terrestrial
ISO	The International Organisation for Standardization
I.U. T	International Union of Telecommunication
MAQ	Modulation d’Amplitude en Quadrature
MHZ	Méga Hertz
OCDE	Organisation de la Communauté des États
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
OPT	Office des Postes et des Télécommunications

P.I. B	Produit Intérieur Brut
RTS	Radio Télévision Sénégalaise
SONATEL	Société Nationale des Télécommunications
T-DAB	Terrestrial — Digital Audio Broadcasting
TIC	Technologie de l’information et de la communication
TMP	Téléphone Mobile Personnelle
TNT	Télévision Numérique Terrestre
U.E	Union européenne
UEMOA	Union Économique Monétaire Ouest Africain
UHF	Ultra High Frequency
VHF	Very High Frequency
VOIP	Voice on IP

Dédicace

Je dédie ce travail à mon défunt père Abdoulaye BA, mais aussi à ma très chère mère qui m'a soutenu, aimé et encouragé tout au long de ce dur labeur.

À mon épouse Aicha Maieme, Shani, Garette L. TURKE, et Cledor Mbacke, je vous remercie, vous qui n'avez jamais douté de moi. Cette œuvre n'aurait jamais pu aboutir sans vous.

Ma gratitude envers vous est sans fin, je ne vous remercierai jamais assez pour tout ce que vous avez fait pour moi.

À mes très chères sœurs Aicha, Amina, et très chers frères Lahad et Mohamed à qui je souhaite une vie pleine de bonheur, de prospérité et de réussite.

Je vous dédie ce travail, merci de m'avoir poussé à toujours donner le meilleur de moi-même. À Toute ma famille, amis et tous ceux que j'aime et qui m'aiment

À tous ceux qui me sont chers et qui ont pensé à moi, les plus beaux mots ne sauraient exprimer ma redevance.

Que Dieu vous bénisse.

Remerciements

J'adresse mes remerciements aux personnes qui m'ont aidé dans la réalisation de ce mémoire.

En premier lieu, je remercie M. Pierre Trudel, professeur à la faculté de droit de l'Université de Montréal. En tant que directeur de mémoire qui m'a guidé dans mon travail en m'aidant à trouver des solutions pour avancer, et je le remercie du temps qu'il a pu m'accorder tout au long de la rédaction.

Je remercie aussi M. Baye Samba DIOP, docteur en Droit, qui m'a aidé en répondant à toutes mes sollicitations avec promptitude et compétence.

Introduction

Le développement des technologies de l'information et de la communication a laissé prétendre depuis un peu plus d'une décennie qu'il existait des opportunités pour une nouvelle économie dite économie numérique. Elle regroupe désormais tous les secteurs d'activité essentiels pouvant favoriser la croissance économique. Trois vecteurs essentiels ont marqué la mutation numérique : l'internet, les télécommunications et la télé radiodiffusion.¹

En effet, parler d'économie numérique au Sénégal serait la suite logique du concept de « nouvelle économie » apparue dans les années 90 avec l'essor des nouvelles technologies de l'information et de la communication connues aux États-Unis et en Europe. De la même façon, se construit progressivement une société du numérique au Sénégal avec la mise en valeur des secteurs essentiels comme l'internet et les télécommunications.

Les télécommunications sont apparues pour la première fois après la période de la colonisation en Afrique dans un but de maintenir la communication avec la métropole.

Le Sénégal à l'instar des autres pays membres de l'AOF avait créé l'Office des Postes et des Télécommunications (OPT)² et en 1968, la société « Télé Sénégal » pour s'occuper principalement des communications internationales³. Ces cadres institutionnels ont été largement influencés par la globalisation économique. Ceci a conduit à partir des

¹ Jean-Pierre CORNIOU, « L'économie numérique, un défi systémique », (2010) Mai 2010-2 *Ann. Mines - Réal. Ind.* 93, DOI : 10.3917/rindu.102.0093.

² Um Paul Nomba, « *Public Enterprise in sub-saharan Africa* », Washington D.C, World Bank, world Bank Discussion Paper 1, 1993

³ Oumar KANE, *Économie de la régulation post- coloniale du secteur des télécommunications sénégalaise dans le cadre de la gouvernance globale : Le cas des ressources communes*, Montréal, Université de Québec à Montréal, 2008, p 231-257.

années 1980 à des mutations pertinentes dans certains domaines grâce aux avancées réalisées dans les domaines de l'informatique.

Par ailleurs, ces mutations n'ont pas épargné les secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel qui constituent les secteurs essentiels sur lesquels nous envisageons de focaliser notre travail afin de mieux étudier les différentes mutations du numérique au niveau économique, politique et juridique.

À la lumière des écrits de Ulrich Beck⁴ nous choisissons d'étudier ces différents aspects en prenant en compte le facteur risque⁵ technologique qui devient un pivot conceptuel autour duquel s'articule désormais l'action des États suivant un objectif préventif⁶ et même des privés⁷. Il influence notamment la normativité désormais concurrencée par d'autres normativités agissant au niveau local ou supranational.

Cependant, pour comprendre les nombreuses mutations enregistrées sur le droit avec les changements dans les rationalités, le paradigme du risque est le meilleur cadre d'analyse. Il participe à la construction des rationalités fondant les demandes pour édicter les règles de droit⁸. Il permet également d'apprécier les fondements de certaines dispositions juridiques, et de comprendre certaines restrictions des États dans les choix des politiques publiques pour accompagner le développement de la convergence. Il nous permettrait tout

⁴ Ulrich BECK, Laure BERNARDI et Bruno LATOUR, *La société du risque sur la voie d'une autre modernité*, [Paris], Flammarion, 2004.

⁵ La notion de risque a pris beaucoup de place dans la recherche en sciences humaines au cours de la dernière décennie. Si on suit le raisonnement d'Ulrich Beck, le droit peut être envisagé à la lumière des risques qui tendent à le justifier ou à le légitimer.

⁶ L'état doit prévoir et anticiper les risques civilisationnels, c'est à dire les risques directs ou indirects posés par les activités humaines. Selon Edgard Grande l'intervention de l'État demeure légitime et omniprésent si celle-ci présente un caractère préventif même s'il est difficile d'évaluer les risques et que la science révèle son incapacité à les envisager.

⁷ Karim BENYEKHEF (dir.), *Gouvernance et risque : les défis de la régulation dans un monde global = Governance and risk: the challenges of global regulation*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, p.1.

⁸ *Id.*

de même d'étudier au niveau institutionnel à l'ère postmoderne, les risques de conflit et d'enchevêtrement de compétences entre régulateurs sectoriels et régulateurs généraux⁹.

Cette théorie a connu avec le développement des technologies un grand succès suite à l'apparition de nouveaux types de risques autrefois ignorés et dont les États sont désormais obligés de prendre en compte dans l'élaboration de leurs politiques publiques : la cybercriminalité, le trafic d'appels entrant (Sim box) et les transmissions de signaux sans autorisation.

Ces nouvelles formes d'infractions issues de la convergence technologique sont désormais encadrées par les états au niveau juridique, mais également par les autorités de régulation. Pour mieux appréhender les fondements de cette théorie dans les politiques publiques, il faut au préalable comprendre les différentes mutations visant à encadrer les technologies.

Ces différentes mutations sont d'ordre stratégique avec les différentes vagues de déréglementation enregistrée sur le plan administratif, mais également sur le plan juridique. Car d'une gestion monopolistique, on est passé à une gestion déléguée ou libéralisée marquée par une vague de déréglementation des secteurs d'activités économiques à savoir la gestion de l'eau, de l'énergie, de l'agriculture et des télécommunications. Cette dynamique de création d'un marché concurrentiel a échoué dans les autres secteurs précités sauf dans le domaine des télécommunications qui est en pleine expansion avec la convergence.

Le secteur des télécommunications considéré comme secteur d'importance vitale au Sénégal est pris en repère pour évaluer les mutations associées au numérique et les

⁹ Thierry REVET et Laurent VIDAL, *Annales de la régulation*, 2, IRJS Éditions, 2009, pp.24-27.

stratégies développées par les États pour encadrer les changements envisagés avec la convergence. Nous allons au préalable procéder à un bref rappel de l'évolution du secteur sur le plan institutionnel et sur le plan de l'encadrement juridique pour assurer sa compétitivité et ceci suivant le processus de régulation.

En 1985, a vu le jour l'office des Postes et des Télécommunications du Sénégal. Une entreprise publique, qui assurait, jadis, la gestion monopolistique du secteur des télécommunications et des postes et composée de deux démembrements qui s'occupaient respectivement du service postal et du service des télécommunications¹⁰. Ce partage de pouvoir était le modèle qui se rapprochait le plus du libéralisme économique¹¹.

Cette ouverture à la libéralisation a influencé l'État à confier au secteur privé la fourniture de services assurée auparavant par lui-même ce qui correspond au début de la déréglementation¹². Une ouverture à deux étapes commençant d'abord par la privatisation avant de passer à la libéralisation du secteur suite à la proposition de la GRCC¹³. Ce processus de libéralisation s'est soldé par la mise en œuvre du triptyque « *privatisation, libéralisation et régulation* » induit par les engagements pris par le Sénégal en matière de télécommunication à valeur ajoutée dans le cadre de l'Uruguay Round ainsi que par la

¹⁰ JACQUES IYOK, *Les politiques de réformes des télécommunications au Sénégal*, 1, Dakar, Association for Progressive Communication, 2009.

¹¹ Baye Samba DIOP, *la régulation des télécommunications au Sénégal*, Dakar, Faculté des Sciences juridiques et politiques, Université cheikh Anta DIOP, 2012.

¹² FRANCE, COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *La nouvelle nationalité de l'entreprise dans la mondialisation : Rapport*, Paris, La Documentation Française, 1999.

¹³ B. S. DIOP, préc., note 11, p.39.

signature de l'accord sur les télécommunications de base incluses dans l'accord général sur le commerce des services¹⁴.

La Société Nationale des Télécommunications¹⁵ dont les actions sont divisées entre l'État du Sénégal et France Télécom fut d'abord privatisée avant d'être libéralisé en 1996 moyennant un monopole en matière de télécommunications internationales, et ce jusqu'au début des années 2000. On assiste ainsi à la libéralisation et au début de la régulation sur le fondement de la concurrence. Ce changement de paradigme s'explique par la métamorphose, sur le plan structurel, connu dans la plupart des pays et l'abandon au profit de la concurrence¹⁶. Toutefois, cette dynamique à bâtir une spirale transformationnelle de la gestion des entreprises publiques passant d'une gestion monopolistique à une gestion indépendante basée sur la concurrence n'a pas épargné le secteur de l'audiovisuel. Un secteur hautement convoité par les nombreux investisseurs sénégalais qui voulaient révolutionner ce secteur en matière de contenu en offrant une diversité. Cette ouverture placée dans le même contexte visant l'établissement de la concurrence et le renforcement des caisses des pouvoirs publics a occasionné des changements sur le plan organisationnel tant du secteur des télécommunications que celui de la radiodiffusion.

¹⁴ Ces accords consacrent la libéralisation des marchés des télécommunications, la transformation des services de télécommunications et des produits. Olivier SAGNA, « Privatisation, libéralisation, régulation : La réforme des télécommunications au Sénégal », (2010) 234 *Afr. Contemp.* p.114.

¹⁵ La SONATEL, en 1997, avait bénéficié par convention d'une licence d'exploitation d'un réseau de télécommunication ouvert au public annexé d'un cahier des charges approuvés par le décret n° 97-715 du 19 Juillet 1997. Cette concession était régie par la loi 96-03-du 22 février 1996 portant code des télécommunications du Sénégal. La SONATEL a eu France Télécom comme partenaire stratégique. Les parts de la société sont répartis ainsi : France Télécom 42.33%, l'État du Sénégal 27.67%, institutionnel et grand public 20%, salariés et anciens salariés 10%.

¹⁶ *INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION*, Les Aspects Juridiques et Institutionnels de la Réglementation : Module 6 Kit d'aide sur la réglementation des TIC, Télécommunications Management Group, Inc., novembre 2006, en ligne : <<http://www.ictregulationtoolkit.org/6>> (consulté le 09 Mars 2015).

S'agissant de la radiodiffusion, on est passé du haut conseil de la radio et télévision (H.C.R.T) en 1991 au haut conseil de l'audiovisuel (H.C.T) en 1998 devenu le Conseil national de la radiodiffusion (CNRA) en 2006 sous la loi 2006-04 du 6 janvier 2006¹⁷. Il assure à l'image de l'ARTP la mission de régulateur chargé de veiller au respect des dispositions de la loi 2006-04, des cahiers des charges et conventions régissant le secteur de l'audiovisuel. Il assure le contrôle de l'application de la réglementation dans le domaine de l'audiovisuel¹⁸.

Ces deux secteurs font l'objet de corpus réglementaires distincts caractérisés par leur forte sectorisation¹⁹. Ces distinctions majeures longtemps consacrées à la réglementation²⁰ ou à la régulation²¹ vont placer l'activité de régulation dans un paradigme nouveau à caractère techno-économique²². Cependant, avec la libéralisation et la difficulté de placer une distinction entre l'infrastructure et le contenu véhiculé la sectorisation perd sa pertinence

¹⁷ CONSEIL NATIONAL DE LA RÉGULATION DE L'AUDIOVISUEL, « Présentation du CNRA », en ligne : <http://www.cnra.sn/do/presentation/>.

¹⁸ [Id](#)

¹⁹ Cohen-Tanugi LAURENT, « Quelle régulation en Europe pour l'ère de la convergence ? », (2000) 18-100 *Réseau* 289-298.

²⁰ « *La réglementation entendue comme l'activité par laquelle sont énoncées dans les textes formels, les obligations spécifiques des entreprises et particuliers est souvent considérée comme une source mineure du droit, en raison de son caractère souvent technique et changeant* ». Pierre Trudel, Point de vue sur la gouvernance et la régulation des médias dans le contexte de la numérisation dans Daniel GIROUX, Florian SAUVAGEAU, CENTRE D'ÉTUDES SUR LES MÉDIAS et CONSORTIUM CANADIEN DE RECHERCHE SUR LES MÉDIAS (dir.), *La rencontre des anciens et des nouveaux médias: actes du Colloque sur les modèles d'affaires et la régulation tenu à Montréal en novembre 2006*, Sainte-Foy, Québec; Vancouver, C.B., Centre d'études sur les médias ; Consortium canadien de recherche sur les médias, 2007.

²¹ « *La notion de régulation se distingue de celle de la réglementation en ce qu'elle concerne les processus, souvent diversifiés par lequel le comportement d'un système complexe est maintenu ou ajusté en conformité à quelques règles ou normes.* » *Id.*

²² Le nouveau paradigme a un caractère techno-économique selon Freeman. Il précise que ce qui change avec les technologies ce n'est pas exclusivement l'industrie des TIC et que chaque industrie doit changer son mode d'organisation, son organisation de travail de même que la relation entre la conception, la production et la mise en marché à cause de l'existence de ces nouvelles Technologies très puissantes. C'est une technologie extrêmement envahissante et elle touche toute les industries et tous les services Steven A ROSSEL, *Refaire le monde : gouverner dans un monde en transformation rapide*, [Ottawa], Presses de l'Université d'Ottawa, 1995.

au profit de la convergence. C'est ainsi qu'avant même l'affirmation de la convergence, certaines dispositions du code des télécommunications prévoyaient l'application de certaines d'entre elles au secteur de l'audiovisuel. Ceci marque indirectement le premier pont de la régulation du contenu et de l'infrastructure.

L'infrastructure, autrefois limitée à une spécialisation, soit radiodiffusion, soit télécommunication, perd son identité avec la convergence²³. Cette perte de repère matérialisé par nos changements de comportements et les facilités offertes par les TIC font que l'homme n'a plus besoin d'une multitude d'outils pour communiquer ou suivre un programme à la télévision. Le tout est réuni sur un seul support facilité par une connexion internet via IP. Ceci marque la consécration des mutations associées à l'usage des technologies.

En effet, l'imbrication infrastructurelle relevée à l'échelle mondiale s'étend au niveau réglementaire à l'heure de la convergence, ce qui occasionne dans certains pays la fusion d'autorité de régulation. Mais pour comprendre la portée d'une telle mutation, il faut se lancer d'abord dans une tentative de définition de la notion de convergence avant de voir les caractéristiques de l'activité de régulation et ses différentes mutations.

La convergence est une notion nouvelle qui ne fait pas l'objet d'une définition universelle. Mais parmi les multiples tentatives de définitions, celle de la commission européenne sur la convergence demeure la plus complète. Elle est « *la capacité de différentes plateformes à transporter des services essentiellement similaires, soit par le regroupement des*

²³ BARREAU DU QUÉBEC, « La télécommunication : l'évolution des nouvelles frontières », dans *développements récents en droit des Télécommunications*, Yvon Blais, 105, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 1998, p. 14.

*équipements grand public comme le téléphone, la télévision et les ordinateurs personnels »*²⁴.

Cette définition est l'opposé de notre perception traditionnelle de la communication marquée par la séparation parfaite des moyens de communication et des services : radiodiffusion, téléphonie vocale et services internet. Les services offerts à partir de ces équipements constituent les services phares rattachés à l'économie numérique même si les mutations touchent les autres secteurs essentiels de l'économie. Les mutations associées à cette « nouvelle révolution industrielle » sont également assez diverses. La diversité et l'importance de chacun de ces secteurs nous obligent à réduire notre terrain de recherche aux simples effets de la convergence reliés aux télécommunications²⁵ et à la radio-télédiffusion²⁶ et leurs impacts sur la régulation.

Ce choix majeur porté sur ces deux secteurs est basé sur le contexte évolutif actuel de l'économie numérique qui est à ces débuts où les services de l'internet présentent moins d'enjeux réglementaires selon les autorités publiques contrairement à ceux de la téléphonie et de l'audiovisuel placé dans un contexte de transition au tout numérique²⁷ conformément à ces engagements au Sommet CRR-06²⁸. Cette transition facilitée par l'accessibilité des

²⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation*, Com (97) 623, Bruxelles, 1997, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=URISERV:l24165&from=FR>>.

²⁵ Les télécommunications sont définies comme : toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons, de toutes natures sans fil, optique, radioélectricité ou autres systèmes électromagnétiques. *Loi portant code des Télécommunications*, (2011) Télécommunications, Journal Officiel 6576 [L.P.C.T], art.4.

²⁶ La radiodiffusion est définie comme toute radiocommunication dont les émissions sont destinées à être reçues par le public. *Id.*

²⁷ La date limite de la migration de la télévision analogique vers la télévision numérique est fixée par l'Union Internationale des Télécommunications pour le 17 juin 2015. L'échéance est respectée mais la diffusion est en mode simulcast en attendant le retrait définitif de l'analogie.

²⁸ La Conférence Régionale sur les Radiodiffusions CRR-06 s'est tenu du 15 au 16 juin 2006 à Genève sous l'égide de l'Union internationale des Télécommunications (119 pays des 189 pays membres étaient

équipements nouvelle génération dans le marché contribue à l'urgence de la mise en place d'un cadre juridique approprié.

Au Sénégal, chaque industrie de la communication est rattachée à une institution propre²⁹ et à une réglementation spécifique³⁰. Nous sommes alors face à un système de régulation verticale. Le caractère dépassé du système en place exige un remplacement ou une réforme profonde afin d'en garantir son adaptabilité avec la convergence. C'est ainsi qu'est recommandé avec le numérique de tendre vers un système de régulation prenant en compte les valeurs d'une économie concurrentielle afin d'établir un système de réglementation capable de prendre en charge l'économie numérique sénégalaise en expansion.

Lors du forum de Dakar, M. Hervé Bourges précise que la réglementation « *est le fait du pouvoir exécutif qui, selon les principes fixés par le pouvoir législatif, définit précisément les règlements qui doivent être observés dans tous les domaines d'activités* » tandis que la régulation est « *une manière plus moderne pour les états d'accompagnement économique, social et culturel en assurant une plus grande liberté aux acteurs auxquels elle s'applique* »³¹. En effet, cette distinction nous permet de comprendre différemment les changements de paradigmes réglementaires occasionnant des changements majeurs avec la révolution du numérique³². Cette évolution s'est matérialisée par des révisions des cadres

présent dont le Sénégal. Cette conférence a permis d'organiser le paysage de la diffusion hertzienne en prévision du retrait de l'analogie.

²⁹ Le régulateur comprend en son sein un pouvoir judiciaire, un pouvoir exécutif et un pouvoir législatif

³⁰ L'État du Sénégal dans sa politique de développement des TIC a pris par le biais du ministère des Télécommunications, autorités de régulations et acteur du secteur des textes réglementaires, un ensemble d'acte réglementaire, tel que les décrets d'application des textes de lois ou les arrêtés ministériels pour renforcer le dispositif juridique interne.

³¹ Hervé Bourges, « *Enjeux et contraintes de la régulation dans un contexte de développement* », in forum de la régulation, Dakar, édition du forum de la régulation, octobre 2007, p.49

³² France HOULE, *Analyses d'impact et consultations réglementaires au Canada : étude sur les transformations du processus réglementaire fédéral : de la réglementation pathogène à la réglementation intelligente*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012.

réglementaires existants en adoptant de nouvelles législations et en instaurant de nouvelles autorités de réglementation pour en assurer leurs effectivités. Ceci renvoie au développement de stratégie passant par des méthodes variées appelant un examen de la situation politico-économique et d'autres conditions et circonstances lors de la conception des mesures juridiques et réglementaires appropriées³³.

Toutefois, avant la libéralisation, la réglementation était limitée. Les télécommunications étaient gérées par les gouvernements en qualité d'opérateur et de régulateur avant d'être décentralisées aux autorités administratives indépendantes pour assurer de façon sectorielle l'activité de régulation désignée comme un système de gouvernance qui englobe de nouveaux concepts pour les sciences sociales. Elle exprime notamment le fait d'agir sur un système complexe et d'en coordonner les actions afin d'en maintenir l'équilibre, de l'adapter aux circonstances et d'en obtenir un fonctionnement correct eu égard à ses finalités³⁴. Cette innovation réglementaire exige une remise en question de la pertinence du maintien d'un même système de régulation sectorielle à l'heure de la convergence des services de télécommunication et de l'audiovisuel. En d'autres termes, cela renvoie à la question suivante : est-ce que le cadre normatif et institutionnel actuel est propice à une régulation des secteurs convergents de l'audiovisuel et des télécommunications?

Dans un but de contribuer scientifiquement à l'élaboration d'une stratégie de développement de l'économie numérique et de son encadrement, nous allons nous lancer dans une démarche visant à répondre à la problématique posée sur la base des travaux déjà réalisés où en cours. Parmi ces derniers, nous pouvons citer le Plan Sénégal Émergent

³³ INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION, préc., note 16, p.2.

³⁴ B. S. DIOP, préc., note 11, p 4.

(P.S.E) où est déplorée l'instabilité institutionnelle criarde incapable présentement de répondre aux différentes problématiques juridiques liées au numérique. L'inadaptabilité institutionnelle et l'inefficience réglementaire relevées n'obligent pas le rejet du cadre juridique préexistant. Nous allons alors nous orienter vers une logique d'amélioration pour le rendre beaucoup plus adapté au contexte de la convergence tout en assurant son impartialité.

En outre avant de tenter de solutionner ces irrégularités rattachées à la gouvernance réglementaire, il faut tout d'abord comprendre les rapports et le rôle des États dans le processus de correction des marchés en défaillance³⁵ marqué par l'asymétrie informationnelle³⁶ entre régulateurs et régulés qui dans un contexte de convergence devient plus complexe.

Avant la libéralisation, au Sénégal comme partout ailleurs en Afrique et en Europe, l'État était qualifié en même temps d'opérateur de service dans les domaines des

³⁵ La théorie économique relève trois sources de défaillance du marché à savoir :

- les biens publics : on distingue deux catégories de biens publics à savoir : les biens publics « *excluables* », pour lesquels on peut exclure un consommateur de l'utilisation (c'est le cas des télécommunications) et les biens publics « *non excluables* », pour lesquels on ne peut exclure un consommateur de l'utilisation (c'est le cas de l'air, relativement les routes qui ne sont pas à péages).
- les externalités qui sont des situations dans lesquels le comportement d'un acteur économique peut avoir des conséquences positives ou négatives sur la situation des autres ;
- le monopole naturel qui est une situation dans laquelle il n'existe qu'un seul offreur et que l'entrée sur le marché est extrêmement difficile, voire impossible, du fait des barrières à l'entrée. Philippe BARBET, *Imperfection des marchés des télécommunication, régulation et dérégulation*, Cours de formation de BADGE Télécoms, Burkina Faso, Ouagadougou, janvier 2012. Philip BARBET, « *imperfection des marchés et télécommunication régulation et dérégulation* », Ouagadougou, cours de formation BADGE Télécoms, ARCEP Burkina Faso, cité dans la thèse de Baye Samba DIOP, « La régulation des Télécommunications au Sénégal », thèse, Dakar, Université Cheikh Anta DIOP, 2012, p. 28.

³⁶ L'asymétrie d'information permet d'analyser des comportements et des situations courantes de l'économie de marché. Le plus souvent, il est constaté sur un marché que l'un des deux acteurs dispose d'une meilleure information, il en sait plus que l'autre sur les conditions de l'échange. Cet écart sur le niveau d'information est contraire à l'hypothèse de transparence de l'information du modèle standard de concurrence pure et parfaite. Milan VUJISIC, « l'asymétrie d'information », *CREG* 2007, en ligne : <<http://www.creg.ac-versailles.fr/l-asymetrie-d-information>> (consulté le 21 juin 2016).

télécommunications et de l'audiovisuel. Cette situation correspond à la thèse du Colbertisme adepte de l'école de pensée économique d'alors : l'école économique publique traditionnelle. Elle soutient ainsi l'intervention de l'État dans le jeu de la régulation ce qui est contraire à l'idéologie de l'école de l'économie publique libérale et industrielle.

En effet, celle de l'école de l'économie industrielle se rapproche plus de notre sujet de recherche. Nous reviendrons en détail sur ces différentes théories dans le chapitre deux (2) de la première partie afin de mieux comprendre l'évolution et les changements sur les rationalités visant à produire et à dire le droit.

Toutefois, pour une réponse plus objective prenant en compte l'ensemble des facteurs liés par la logique d'intervention de l'État dans le jeu de l'économie, il faut prendre en compte la protection du consommateur désormais acteur essentiel de la régulation. C'est ainsi que le C.E français dans un jugement du 11 juillet 2001 a introduit la consommation dans le bloc de la légalité. Il poursuit en indiquant que l'État doit veiller à la protection des consommateurs afin d'assurer la concurrence, l'équilibre contractuel et prévenir les risques avec les clauses abusives³⁷. Pour renforcer ces recommandations, le juge nous renvoi à l'article L.132-1 du code de la consommation qui dispose dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} Avril 1995 que « *dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* »³⁸.

³⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Société des eaux du Nord* (2001), 221458, en ligne :

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008066286&dateTexte=>>.

³⁸ *Id.*

Cependant, c'est cette mission de surveillance qui est désormais assurée par les Autorités Administratives Indépendantes chargées de réguler les différents secteurs de l'économie.

La mission de régulation longtemps assimilée à la réglementation est désormais profondément reconnue dans le discours juridique pour désigner la mission du régulateur. Il est tout de même difficile de s'accorder sur sa définition et difficilement rattachable à un domaine du droit compte tenu de l'étendue de son intervention³⁹.

Cette assimilation ne traduit pas forcément l'absence de distinction entre ces deux notions utilisées pour désigner l'activité du régulateur. En plus d'être complexe de s'accorder sur une définition, elle est difficilement rattachable à un domaine du droit compte tenu de l'étendue de son intervention alors que de nombreux auteurs ont tenté de le définir⁴⁰.

La professeure Bertrand du Marais dans son ouvrage droit public de la régulation économique définit la régulation comme « *l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir un équilibre économique optimum qui serait requis par un marché qui n'est pas capable, en lui-même, de produire cet équilibre.* »⁴¹.

Le professeur Frisson-Roche lui oriente sa définition sur ces capacités de transformer et de stabiliser un marché dynamique. Il précise d'abord que c'est « *le moyen dynamique de faire passer un secteur d'un État à un autre* » avant de poursuivre par une définition beaucoup plus porteuse visant à faire de la régulation « *un mécanisme juridique d'équilibre entre le*

³⁹ Jean Michel HUBERT, « Intervention Asia télécom », *Agence de régulation des communications électroniques et des Postes* (décembre 2000), en ligne : http://www.arcep.fr/index.php?id=2124&tx_gsactualite_pi1%5Buid%5D=764&tx_gsactualite_pi1%5Bannee%5D=2000&tx_gsactualite_pi1%5Btheme%5D=0&tx_gsactualite_pi1%5Bmotscle%5D=&tx_gsactualite_pi1%5BbackID%5D=2125&cHash=08b988bb4ddc184ca1cc739eb7b910da.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Bertrand DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, coll. Amphi, Paris : Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques ; Dalloz, 2004, p3.

principe de la concurrence et d'autres principes »⁴². Ce qui selon le Professeur Abdoulaye SAKHO est « la tâche qui consiste à assurer, entre les droits et obligations de chacun, le type d'équilibre voulu par la loi »⁴³.

Ces multiples propositions définitionnelles de la notion de régulation démontrent à quel point elle est pertinente dans l'univers des juristes même si elle présente à la base des enjeux majeurs d'ordre politico-économique avec la gouvernance institutionnelle et économique qui font l'objet de remise en question de l'intervention de l'État dans le jeu de la régulation tout en affirmant sa neutralité.

S'agissant de la gestion de service public d'un secteur d'infrastructure, la régulation est l'action qui permet d'affirmer la neutralité de l'État par rapport au marché dans la mesure où il est question de déléguer la gestion du secteur aux acteurs et techniciens par le biais d'institutions autonomes et indépendantes⁴⁴. Ceci marque le début d'une innovation dépassant les théories politico-économiques sur lesquelles était depuis longtemps basée la régulation. Elle est aujourd'hui au cœur de l'économie et du juridique dans un but rénovateur de la régulation de l'économie contemporaine dont la régulation de l'économie numérique qui fait partie de ces différentes exigences.

Parmi ces dernières, nous pouvons relever le passage de l'analogie au numérique. Une transition majeure qui consiste à arrêter la diffusion analogique des chaînes de télévision et de radio au profit d'une diffusion numérique. Un objectif atteint en mode « simulcast »

⁴² Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les différentes définitions de la régulation » et « les difficultés françaises face à la notion de régulation » », *Petites Affiches* 1998.Spécial.

⁴³ B. S. DIOP, préc., note 11, p.46.

⁴⁴ *Id.*

depuis juin 2015 et toujours en construction pour un retrait définitif de l'analogie qui marquera le début du tout numérique.

L'expérience de certains pays d'Europe et d'Amérique indiquant la reconsidération complète ou partielle de leurs ordres réglementaires ou institutionnels nous sert de références pour poser le cas du Sénégal.

Outre l'absence d'un cadre juridique approprié, la question d'ordre institutionnel constitue l'un des enjeux fondamentaux pour réussir la régulation de l'économie numérique dans la généralité ainsi que celle de la convergence, en particulier, compte tenu des risques d'enchevêtrement juridique.

Les améliorations enregistrées dans le cadre juridique sénégalais durant les différentes phases de la déréglementation, nous confirment que le cadre juridique en place est capable de s'équilibrer suivant une stratégie sénégalaise du numérique. Ainsi, suivant une logique d'anticipation nous allons voir si le partage de compétence entre autorités en matière de concurrence et autorités de réglementation sectorielle ne serait pas un début de réponse à une régulation parfaite de l'économie numérique sénégalaise

Toutefois, réussir une telle collaboration constituerait une avancée majeure en matière de réglementation, même si les contraintes sont encore nombreuses. Elles sont principalement axées sur le type de régulation à privilégier entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post*.

En effet, malgré leurs différences sur les modes d'interventions, il demeure bien possible la construction d'un environnement de réglementation prenant en compte leurs différences qui dans une certaine mesure ne sont pas totalement indissociables, car, quel que soit le

modèle réglementaire⁴⁵, il demeure indispensable que les politiques soient basées sur des principes sous-jacents de la concurrence afin que les marchés se développent dans l'intérêt des consommateurs.

Toutefois, une telle étude nécessite au préalable un examen de ce que fait la convergence sur les fondements de la régulation qui est passée d'un paradigme de monopole naturel à un environnement convergé qui a forcément impacté les rationalités visant à encadrer l'environnement des télécommunications et de l'audiovisuel.

Ainsi, pour les comprendre, il faut évaluer la place du droit dans les procédures d'élaborations des normes en tenant compte de l'intrusion de nouvelles normativités à savoir économiques et scientifiques pour orienter les politiques publiques des États. Nous sommes alors en phase d'une interaction de normativité même s'il est confirmé que le droit demeure la mère des normativités et est d'application d'intérêt général. De plus, l'applicabilité de la normativité juridique repose sur un ensemble de principes, dont le principe de la neutralité technologique⁴⁶.

En effet, une meilleure appréhension des évolutions touchant le domaine du droit à l'heure de la convergence nécessite une bonne maîtrise de l'environnement des télécommunications choisies comme secteur de base pour examiner l'environnement du

⁴⁵ Il est tiré de la doctrine que trois modèles réglementaires sont privilégiés dans la régulation de l'environnement du numérique de manière générale. Certains auteurs préconisent le recours aux principes du droit commun tandis que d'autres préconisent la réglementation spécialisée qui est généralement privilégié dans la pratique. Avec la vague de la libéralisation occasionnant la convergence et la concurrence dans les différents secteurs d'activités, il est préconisé le recours aux mécanismes du droit de la concurrence. Pierre Trudel, « Point de vue sur la gouvernance et la régulation des médias dans le contexte de la numérisation » dans D. GIROUX, F. SAUVAGEAU, CENTRE D'ÉTUDES SUR LES MÉDIAS et CONSORTIUM CANADIEN DE RECHERCHE SUR LES MÉDIAS (dir.), préc., note 20, p.104.

⁴⁶ *Loi n 2011-01 du 24 février 2011 portant code des Télécommunications*, J.O. 14 mars 2011, p.273, exposé des motifs.

numérique au Sénégal, notamment, les premières solutions adoptées ailleurs pour une régulation parfaite de l'économie numérique. Pour cela, deux moyens sont mis à notre disposition, à savoir : la formation et la recherche documentaire.

S'agissant de la formation, outre notre licence en Droit des Technologies de l'Information obtenue à l'université Alioune DIOP de Bambey, nos participations aux séminaires nous ont permis de nous lancer dans une mission d'examen de ce sujet. Par conséquent, le manque d'expérience pratique dans le domaine va sûrement nous empêcher de passer des éléments théoriques pour nous lancer dans une démarche individuelle de « *benchmarking* ». Pour pallier ce manque, nous allons nous baser sur les analyses trouvées dans la thèse du professeur Baye Samba DIOP afin d'étaler notre argumentation.

Concernant la recherche documentaire, l'insuffisance de la production doctrinale sur la question ne nous facilite point la tâche. Nous avons cependant profité de notre accès au catalogue de la bibliothèque de l'Université de Montréal, qui nous donne une multitude de choix, portant plus sur la doctrine Européenne et Nord — Américaine dans le domaine et des recommandations et code de conduites des organismes internationaux, dont l'IUT et l'OCDE. À travers les différentes ressources trouvées, nous avons tenté d'évaluer d'abord les différentes approches développées sur une base juridique pour réguler les secteurs d'activités économiques sur le plan institutionnel, normatif, comme juridique. Toujours dans une même démarche d'analyse, relever les mutations occasionnées par le numérique sur le droit. Ensuite, étudier la place et le rôle du droit dans la régulation sectorielle des secteurs d'activités. Nous étudierons dans cette partie, en suivant une démarche analytique, les rationalités juridiques et les techniques d'intervention pour élaborer les normes réglementaires. Nous verrons en détail, quelles sont les justifications sur lesquelles les

autorités législatives et réglementaires devraient se baser pour prendre des mesures réglementaires servant à encadrer le développement de l'économie numérique?

Le choix du modèle réglementaire pour développer ce travail repose sur le fait que nous jugeons que ce modèle correspond plus à ce que le Sénégal devrait adopter pour réguler l'économie numérique en attendant que l'ensemble des conditions politico économiques soient réunies.

Pour réussir un tel exercice, il faut au préalable appréhender les dimensions juridiques de chaque phénomène.⁴⁷ C'est dans cette logique que nous allons tendre aussi vers une analyse substantielle ⁴⁸ afin de confronter le droit aux faits technologiques et sociaux économiques dans le domaine des télécommunications et de l'audiovisuel.

Ainsi, pour comprendre également, ce qui change dans le cadre juridique⁴⁹ et dans l'activité de régulation nous allons faire appel à la méthode SWOT « *analysis* »⁵⁰. Elle nous

⁴⁷ COLLOQUE SUR LES MODÈLES D'AFFAIRES ET LA RÉGULATION, Daniel GIROUX, Florian SAUVAGEAU, CENTRE D'ÉTUDES SUR LES MÉDIAS et CONSORTIUM CANADIEN DE RECHERCHE SUR LES MÉDIAS (dir.), *la rencontre des anciens et des nouveaux médias : actes du Colloque sur les modèles d'affaires et la régulation tenue à Montréal en novembre 2006*, Sainte-Foy, Québec ; Vancouver, C.B., Centre d'études sur les médias ; Consortium canadien de recherche sur les médias, 2007., p109

⁴⁸ L'analyse substantielle prend en compte l'ensemble de la réalité sociale sans d'autres apriorismes juridiques que les éléments irréductibles du droit. Cette recherche doit être menée chaque fois qu'un divorce apparait au sein d'une catégorie juridique. L'analyse substantielle doit être menée jusqu'au point où une nouvelle cohérence est établie, soit par une correction des catégories juridiques formelles, soit par l'établissement d'une nouvelle catégorie substantielle, même si cette catégorie n'est pas reconnue par le droit. Gérard FARJAT, *Droit économique*, 2^e éd., coll. Thémis, n°26, Paris, Presse universitaire, 1982, p.734.

⁴⁹ Le développement que l'on observe dans l'environnement technologique des médias électroniques et autres industries culturelles remet en cause les paradigmes selon lesquels on avait l'habitude de définir leurs cadres juridiques. Pierre Trudel, « *point de vue sur la gouvernance et la régulation des médias dans le contexte de la numérisation* » COLLOQUE SUR LES MODÈLES D'AFFAIRES ET LA RÉGULATION, Daniel GIROUX, Florian SAUVAGEAU, CENTRE D'ÉTUDES SUR LES MÉDIAS et CONSORTIUM CANADIEN DE RECHERCHE SUR LES MÉDIAS (dir.), *La rencontre des anciens et des nouveaux médias: actes du Colloque sur les modèles d'affaires et la régulation tenu à Montréal en novembre 2006*, Sainte-Foy, Québec; Vancouver, C.B., Centre d'études sur les médias ; Consortium canadien de recherche sur les médias, 2007, p103.

⁵⁰ La méthode SWOT a été intégré dans la rédaction juridique par la professeure Mireille Delmas Marty à travers son ouvrage le flou du droit. Elle constitue un modèle stratégique d'analyse qui consiste à évaluer

permettra d'identifier les axes stratégiques à développer répartis entre la régulation ex ante et la régulation ex post. Un référentiel qui place désormais les régulateurs sectoriels et le régulateur général dans une dynamique d'organiser un marché en mutation moyennant des normes tant sur le plan normatif qu'institutionnel.

Suivant ce qui est développé précédemment nous évoquerons dans un premier temps, les cadres normatifs et institutionnels changeants avec la convergence et les rationalités juridiques qui justifient les politiques réglementaires des États (I). Ensuite, nous verrons le référentiel de régulation et les enjeux du numérique avant de proposer des recommandations pour une régulation de la convergence du numérique (II)

les forces et les faiblesses d'une institution et d'en déterminer les opportunités et menaces propres aux secteurs d'études. Gerry JOHNSON, *stratégique*, 7^e éd., Paris, Pearson Éducation, 2005, p.125.

Première Partie : Étude des cadres normatifs, institutionnels et rationalités juridiques changeant avec la convergence.

Les conditions changeantes occasionnées par le numérique conduit naturellement aux mutations des justifications de la réglementation qui composent le numérique. Avec la croissance rapide des technologies, de nombreuses approches et mécanismes de réglementations sont entrepris par les États pour répondre aux exigences d'une réglementation efficiente. Des approches législatives ou réglementaires sont lancées par les États dépendamment de la situation politico-économique du pays, mais également du cadre juridique préexistant et du niveau de convergence.

Dans un contexte de normalisation juridique touchant des domaines techniques, de nouvelles normativités autres que juridiques sont alors introduites dans les politiques réglementaires et législatives. C'est ainsi que nous allons voir quelles sont les différentes approches normatives et institutionnelles adaptées à un contexte de mutations juridiques grâce à l'entrée de nouvelles normativités (I) ensuite, nous étudierons l'impact du droit dans les politiques réglementaires des États basé sur les rationalités pour définir un cadre juridique adapté à la convergence (II).

Chapitre Premier : Mutations normatives et approches pour une meilleure prise en charge des mutations occasionnées par le numérique.

Le droit pour rester le centre de gravité de la régulation doit marquer son autosuffisance et son autoréférentialité face aux autres sciences désormais acceptées comme normativités⁵¹. Nous sommes alors plongées dans une logique de rapport d'internormativité. L'étude de l'internormativité a commencé avec les analyses théoriques des rapports entre connaissances juridiques et sociales. Une étude fut menée selon les trois grandes perspectives épistémiques présentant tous les rapports d'ouverture différents aux autres formes de normativités que le droit marqué par une transition de la complète indépendance à l'absorption par le droit de tout phénomène normatif⁵². Elle constitue cependant la première transformation indiquant la mutation du droit.

Elle est définie dans le dictionnaire de la sociologie du droit comme l'ensemble des phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes.⁵³ L'ouverture au système de norme d'autonomie rattachée à la relevance vient bouleverser les critères de base du systémisme et place le droit dans un contexte de réseau où les rapports entre systèmes et ordres sont adaptés sans considération particulière à la spécificité⁵⁴. On est alors face à la reconstitution de la régulation qui va

⁵¹ Gunther TEUBNER, *Le Droit : un système autopoïétique*, 1^{re} éd., coll. Les Voies du droit, Paris, Presses universitaires de France, 1993.

⁵² Emmanuelle BERNHEIM, « Le « pluralisme normatif » : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? », (2011) 67-2 *Rev. Interdiscip. D'études Jurid.* 1741, DOI : 10.3917/riej.067.0001.

⁵³ Jacques CARBONIER, « Internormativité » dans A.J ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J-EJA, 1993, p.313-314.

⁵⁴ Niklas LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, coll. Diké, [Sainte-Foy, Québec], presse de l'Université Laval, 2001, p.200.

au-delà de la préservation de la juridicité pour schématiser les interventions entre les différents foyers normatifs⁵⁵.

Passé d'une approche purement juridique avec la reconnaissance de l'infra juridique⁵⁶ aux normes de nature professionnelle⁵⁷ nous sommes passés à une amélioration de cette dernière favorisant son adoption par le droit occasionnant la naissance ou la découverte de nouveaux foyers de production de la norme et cela s'est vu surtout avec le numérique.

L'application des normes non étatiques produites par ces nouveaux foyers de production de normativité ne fait pas perdre au droit sa suprématie, mais crée cependant une situation de partage de son pouvoir exclusif d'élaboration de la norme. Ceci marque la complémentarité des normes étatiques et non étatiques à la base opposées si on se réfère à leurs fonctions⁵⁸. L'élaboration de ces normes de fonction matérielle visant à compléter le droit par une juridicité conforme surtout dans un contexte de convergence technologique déplace le fondement du lieu principal de la production de la norme qu'est l'État. L'affirmation « *le droit se produit là où il est pensé* » perd toute sa pertinence à l'ère du postmodernisme juridique surtout si ces dernières sont institutionnalisées dans un milieu de travail par exemple d'un organe ou d'une commission.

Avec le développement des TIC, la normativité ne s'élabore plus dans les mêmes lieux. Elle est produite dans des institutions normalisées qui pour la plupart assurent une mission de complémentarité à la production de leur norme. Dans la plupart des cas, elle vient

⁵⁵ Francois OST et Michel VAN DE CHERKOVE, « Juris-Dictio et définition du droit », (1989) 10 *Rev.Fr* 53-57.

⁵⁶ France HOULE, « La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégorie des textes réglementaires », *McGill Law J.* 2001.47.161-194.

⁵⁷ Bartha KNOPPERS, « Professional norms: Toward a Canadian consensus », *Health L.J* 1995.3.

⁵⁸ Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : Pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 18 *Sociologie des sociétés* 11, p.13.

combler le silence, les carences et les flous des juristes sur certaines questions⁵⁹. Cette situation de partage indique que le droit se pense ailleurs et marque le partage des nœuds de normativités⁶⁰.

La normativité technique comme le droit, habilite, autorise, permet et interdit. Elle se discute et s'élabore dans les institutions de normalisation telle qu'ISO sous forme de référentiel pour les entreprises et les États lorsqu'il s'agit de définir des politiques d'encadrement juridique suivant le respect du principe essentiel de la neutralité technologique pour garantir l'efficacité technique de la norme juridique⁶¹. Cette incarnation de la technique dans le droit ne fait pas l'objet d'unanimité chez les légistes lorsqu'il s'agit d'apprécier leur efficacité au sens de son application, mais aussi au sens de sa production avec l'application d'une flexibilité du droit tout en garantissant sa lisibilité⁶².

L'accord trouvé sur la mutation des foyers de droit conduit à la dénonciation de la technicité notée dans les développements législatifs. Le législateur doit tendre vers une simplicité des approches et mécanismes adaptés pour définir les instruments juridiques qui appréhendent les technologies⁶³. C'est ainsi que nous allons voir les différentes approches

⁵⁹ F. HOULE, préc., note 53, p.

⁶⁰ André LUCAS, « La réception des nouvelles techniques dans la loi, l'exemple de la propriété intellectuelle », *juriscom.net* 2001.87-88, <http://lthoumyre.chez.com/uni/doc/20010127.htm> (consulté le 04 Mai 2016).

⁶¹ Pierre TRUDEL, *La recherche sur les rationalités des règles de droit et les techniques de réglementation-Éléments d'un modèle*, Centre de recherche en Droit public, Faculté de Droit de l'Université de Montréal, p.10.

⁶² Jean CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd, Paris, L.G.D.J., 2001, p25.

⁶³ Éric LABE, *L'efficacité technique comme critère juridique ou la manière dont les lois se technicisent*, Université de Montréal, Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage, 30 septembre 2003, en ligne : https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/9276/articles_104.pdf?sequence=1, (consulté le 04 Mai 2016).

juridiques et mécanismes adoptés par les États afin d'assurer l'efficacité juridique dans un contexte de concurrence et de convergence.

Section I : Les diverses approches juridiques et mécanismes alternatifs non contraignants des acteurs

À l'heure de la convergence, diverses approches à savoir législatives, réglementaires et de mécanismes autoréglementaires sont généralement adoptées par les États pour tenter de réguler l'effet convergent. Avec la convergence des télécommunications et de l'audiovisuel, bon nombre d'États passent par ces approches pour proposer un cadre juridique capable de répondre aux exigences de la convergence sur le plan de la réglementation et de la concurrence. Ainsi, conformément à la distinction faites sur l'accord interinstitutionnel « *mieux légiférer* », la régulation est partagée entre les approches législatives et les approches alternatives adoptées par les États.

Paragraphe 1 : Approches juridiques tirées des pratiques d'État

Depuis l'avènement des technologies, des approches législatives et réglementaires sont mises en œuvre par les États pour réglementer la convergence. Elles présentent chacun des avantages et des inconvénients et revêtent un caractère contraignant face aux acteurs du secteur.

- **Approche législative**

L'approche législative consiste à concevoir une législation qui répond soit immédiatement soit en prévision aux tendances de la convergence⁶⁴. Elle définit de nouvelles lois ou crée

⁶⁴ INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION, préc., note 16, p.18.

de nouveaux cadres réglementaires afin de s'adapter à la convergence et d'orienter les futures orientations stratégiques⁶⁵. Pour y arriver, deux actions sont privilégiées soit la mise en œuvre d'une réforme de l'ensemble du cadre juridique, soit la modification des lois existantes.⁶⁶ Cependant, la création d'un nouveau cadre réglementaire pour faire face à la convergence permet de contourner les difficultés qu'il y'a à essayer d'incorporer de nouveaux services comme VOIP dans des catégories connues dans le passé⁶⁷.

Lorsqu'il s'agit de concevoir ou de modifier les lois déjà existantes, le législateur doit éviter de développer une législation qui risque de tomber facilement en désuétude, surtout s'il s'agit du domaine des technologies qui se trouve être en mutation continue⁶⁸. Cette approche permettrait cependant d'éviter les révisions constantes des législations applicables. Autrement dit l'approche législative doit revêtir un caractère anticipatif sur les besoins du marché à réguler et prévoir les situations futures lorsqu'il s'agit des TIC. Par exemple, le Sénégal au moment d'adopter le nouveau code des télécommunications n'avait pas pour autant pris en compte les effets futurs de la convergence alors que ce dernier avait déjà commencé à s'imposer ailleurs. Cette léthargie notoire témoigne l'exigence pour les juristes d'adopter une vision d'avenir au moment de concevoir des lois présentant des enjeux technologiques, tout en prévoyant des marges d'appréciation au régulateur. Toutefois, pour éviter de tomber dans des situations d'incertitude sur le point de savoir quelles technologies et quels services nécessiteront une révision constante de la législation en cours, il est préconisé de définir un processus de révision législatif permanent. Cette

⁶⁵ Kate WILD, *L'importance de la convergence dans le contexte des politiques des TIC*, Association for Progressive Communication, octobre 2006, en ligne : [<file:///C:/Users/Amadou/Downloads/convergence_FR.pdf>](file:///C:/Users/Amadou/Downloads/convergence_FR.pdf) (consulté le 21 septembre 2015).

⁶⁶ INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION, préc., note 16, p.18.

⁶⁷ K. WILD, préc., note 62, p.4.

⁶⁸ INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION, préc., note 16, p18.

facilité dans les procédures serait également un des avantages de l'approche législative pour répondre efficacement à la convergence. La Malaisie⁶⁹ et certains pays de l'Union européenne⁷⁰ ont déjà adopté cette approche souple de la législation et des procédures.

- **Approche réglementaire**

Avec la convergence des TIC, à la place d'une nouvelle législation, les États optent pour la modification des réglementations déjà existantes ou l'adoption de nouvelles pour être en conformité avec l'évolution technologique.⁷¹ Cette approche réglementaire présente certes des avantages procéduraux, mais doit être gérée avec beaucoup de précision afin de minimiser les incohérences entre les institutions, les nouvelles règles et les règles existantes.⁷² Elle peut être difficile à mettre en œuvre, car plusieurs ministères et organismes de régulation pourraient être appelés à intervenir. Elle peut cependant être facilitée lorsque la politique de convergence est annoncée au plus haut niveau du gouvernement. Elle est alors selon certains théoriciens de la convergence la façon pratique d'aborder la problématique.

Toutefois, cette approche est plus souvent associée avec l'approche législative dans un esprit de complémentarité, car aucune d'elle pris individuellement ne représentait une solution optimale. Alors, leur fusion garantis au gouvernement l'établissement de nouveaux cadres juridiques capables de répondre efficacement à la convergence tout en

⁶⁹ THE COMISIONNER OF LAW RÉVISION, MALAYSIA, *Communications and Multimédia Act 1998*, (1998), 588, en ligne : <https://www.unodc.org/res/cld/document/mys/communications_and_multimedia_act_html/Malaysia_Communications_and_Multimedia_Act_1998.pdf> (consulté le 21 novembre 2015).

⁷⁰ PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL, *Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »)*, 0033 □ 0050 (2002), n° L 108, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32002L0021>> (consulté le 21 novembre 2015).

⁷¹ INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION, préc., note 16, p.18.

⁷² K. WILD, préc., note 62, p.4.

abordant ses effets spécifiques par le biais de la réglementation⁷³. Toujours au plan réglementaire de nouveaux modèles de réglementation non contraignants et alternatifs sont développés par les régulateurs pour bâtir des modèles de régulation plus souple au niveau interne et communautaire.

Paragraphe 2 : Les mécanismes alternatifs et coopératifs des États

Pour comprendre l'entrée des nouveaux mécanismes de réglementation dans le droit, il faut partir de l'analyse de Michel Foucault sur le modèle juridique de la souveraineté.⁷⁴ Après l'exploration de la manifestation centrale du pouvoir, il affirme l'existence d'une relation réciproque entre le droit et les instruments non juridiques. Il poursuit en indiquant que « *la loi est impuissante en elle seule; des mécanismes plus fins de contrôle sont renforcés et légitimés par l'existence de la loi* ». ⁷⁵ C'est dans cette logique de complémentarité et de prolongement des rapports historiques entre le droit et les autres savoirs que l'autorégulation et la corégulation se sont rajoutées à la liste des actes juridiques même si elles n'ont aucun caractère impératif. Elles ont ainsi été développées comme mécanismes de droit flexible, alternatif à ceux du droit positif pour réguler la convergence.

⁷³ INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION, préc., note 16, p.18.

⁷⁴ C est le texte d'un séminaire offert par le college de France. L'auteur est titulaire d'une chaire intitulée Histoire des systemes de pensée créée entre 1970 et 1984. Michel FOUCAULT, *Histoire des Systèmes de pensée*, en ligne : <https://www.college-de-france.fr/media/michel-foucault/UPL5723156012849290092_AN_76_foucault.pdf>, (consulté le 06-05-2016).

⁷⁵ Alexandre FLUECKIGER, « Régulation, Dérégulation, Autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires », (2004) 123-2 *Rev. Droit Suisse* 159-303.

- **Autorégulation**

L'autorégulation « *consiste en l'élaboration et le respect, par les acteurs eux-mêmes, de règles qu'ils ont formulées (sous la forme par exemple, de codes de bonne conduite ou de bonnes pratiques) et dont ils assurent eux-mêmes l'application.* »⁷⁶. Contrairement à la règle de droit édictée par les États, les règles de l'autoréglementation n'ont pas d'effets contraignants. Elles font référence aux normes volontairement mises au point et acceptées par ceux qui prennent part à une activité⁷⁷. Selon l'accord international « mieux légiférer » de 2003, l'autorégulation est définie comme « la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen (notamment codes de conduite ou accords sectoriels) »⁷⁸. Cette technique de régulation doit son succès au numérique et revêt des intérêts majeurs.

L'institutionnalisation ou la création d'un organe consultatif est un mécanisme très utile qui permet de suivre et d'examiner en permanence les mutations technologiques et les effets de la convergence.⁷⁹ Il sert de passerelle entre l'industrie et les autres parties quotidiennement confrontées aux enjeux de la convergence.⁸⁰

⁷⁶ Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p.295.

⁷⁷ Pierre TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », (1988) 247-19 *R.D.U.S.*, en ligne : <<http://pierretrudel.chairelrwilson.ca/cours/drt6906/trudelautoregle.pdf>>.

⁷⁸ LE PARLEMENT EUROPÉEN, LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE et LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Accord Interinstitutionnel « Mieux légiférer »*, (2003), C 321/1, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003Q1231%2801%29&from=FR>> (consulté le 21 novembre 2015).

⁷⁹ INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION, préc., note 16, p.18.

⁸⁰ *Id.*

Toutefois, cette approche est loin d'être, à elle seule, la solution miraculeuse qui prend en compte les effets de la convergence, car elle peut être basée sur la situation de la concurrence du territoire en question. En plus des risques de défaillance d'appréciation du marché en question, le problème de l'asymétrie informationnelle constitue un élément essentiel pour éviter toutes sortes de capture en vue de préserver des intérêts étroits⁸¹.

Face à cette menace, une position de méfiance doit être adoptée quand il s'agit d'apprécier les recommandations des représentations de l'industrie ou les organes consultatifs, même si cette technique de réglementation est privilégiée dans certains pays comme l'Australie avec le forum Australien de l'industrie des communications (ACIF).⁸²

À côté de ce processus d'autorégulation dont l'application a une portée inter parte et n'a d'effet qu'entre les signataires, s'ajoute, suivant une approche d'harmonisation communautaire des cadres politiques, réglementaires et d'accroissement de gros marchés concurrents à dimension communautaire; la corégulation.

- **La corégulation ou Policy cooperation**

Là où l'autorégulation est présentée insuffisante et l'approche législative rigide, entre en jeu la corégulation jugée utile dans les domaines d'intérêt public. Selon Yves Poulet, son utilisation pour encadrer la société de l'information avait déjà été prônée dans diverses enceintes internationales⁸³. Au niveau européen, la corégulation est définie comme étant *« le moyen par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs*

⁸¹ *Id.*

⁸² L'ACIF met en œuvre et administre l'autorégulation de l'industrie. www.acif.org.au

⁸³ Yves POULLET, « Les technologies de l'information et de la Communication et co-régulation: Une nouvelle approche », *D.N.T* 2004, en ligne : <<http://www.droit-technologie.org/dossier-120/technologies-de-l-information-et-de-la-communication-et-co-regulatio.html>>.

définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations) ». ⁸⁴ Elle s'analyse comme un lieu d'échange, de négociation entre les parties prenantes et les titulaires de la contrainte légitime, et/ou se comparent les bonnes pratiques afin de les ériger en recommandations. Ce lieu peut également servir d'instance de médiation ⁸⁵.

La corégulation apparaît aussi comme un lieu où peut se construire un consensus entre divers acteurs de la régulation (législateur, juges, entreprises, associations civiles et autorités de régulation). Il permet entre eux d'échanger des informations, de s'ordonner, de constituer une instance de veille, d'information, de concertation, de conseil et de mobilisation. ⁸⁶ Ceci précise l'existence d'une expertise autour de cette notion et l'existence d'une approche de dialogue entre les acteurs. ⁸⁷ Elle est également appréciée comme un modèle de simplification des textes communautaires et un allègement des circuits législatifs. Dans une publication récente du centre sur les politiques internationales des TIC en Afrique du Centre et de l'Ouest (CIPACO), un certain nombre de stratégies visant à

⁸⁴ *Accord Interinstitutionnel « Mieux légiférer »*, préc., note 75, p.3.

⁸⁵ Bertrand Marais, *« Autorégulation, régulation, et co-régulation des réseaux »* dans G. CHATILLON (dir.), préc., note 73, p.124.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ Dans le livre Blanc de la commission des communautés européennes la Co régulation est définie comme suit : « La Corégulation associe des mesures législatives ou réglementaires contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernées en mettant en profit leur expérience pratique. Il en résulte une plus large appropriation des politiques en question, en faisant participer à leur élaboration et au contrôle de leur exécution ceux qui sont concernés au premier chef par les mesures d'application. Ceci conduit souvent à un meilleur respect de la législation, même lorsque les règles détaillées ne sont pas contraignantes » Commission des communautés européennes, *Gouvernance européenne : un Livre Blanc*, Bruxelles, Commission des communautés européennes, 2001, p.25.

étendre la régulation au niveau communautaire intégrant d'autres acteurs a été mentionné pour répondre efficacement à la convergence des télécommunications et de l'audiovisuel⁸⁸.

En effet, le caractère inclusif des acteurs dans le processus d'élaboration de la norme vise à simplifier les procédures. Cet allègement sur le plan législatif s'élargit sur le plan organisationnel et normatif sous l'effet de la convergence, car les modèles évoluent également avec la convergence.

Section II : Les modèles organiques et institutionnels adaptés à la convergence

Il est impossible de prétendre à réguler l'économie numérique sans au préalable garantir un environnement organique fiable et l'indépendance institutionnelle qui sont deux éléments interdépendants pour une régulation efficiente du numérique. Le régulateur doit participer à la construction d'un environnement propice au succès de la bonne gouvernance une bonne gouvernance. Il doit veiller à ce que le secteur fonctionne correctement et que les intérêts des consommateurs et des autres parties prenantes soient protégés de manière juste et équitable⁸⁹. En effet, la réalisation d'un tel environnement de régulation passe par une approche organique et institutionnelle moderne et adaptée à la convergence.

Paragraphe 1 : Les différents modèles organiques de la réglementation de la convergence

L'appréciation de la structure organique idéale d'une autorité de régulation requiert une évaluation de divers facteurs, y compris les besoins et les objectifs du pays, de

⁸⁸ K. WILD, préc., note 62, p.2.

⁸⁹ INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION, préc., note 16, p.25.

l'environnement politique, les prescriptions juridiques et les compétences disponibles sur le marché du travail⁹⁰.

L'approche organique revêt un caractère autre que celle précitée qui également est appliquée dans nombreux pays même si les inconvénients ne sont pas à minimiser⁹¹. Nous allons cependant voir les deux modèles d'organisation posés tout en relevant leurs avantages et inconvénients afin de prétendre justifier le choix du Sénégal tout en relevant les points essentiels à l'amélioration du cadre actuel de l'ARTP et du CNRA.

1. La régulation collégiale

Le modèle de la régulation collégiale est composé d'un conseil ou d'une commission composée de personnes ayant différents domaines de compétences afin de mieux prendre en charge les questions réglementaires variées. La composition et la nomination des membres⁹² ont toujours fait l'objet de positions différentes lorsqu'il s'agissait d'apprécier leur influence sur l'indépendance judiciaire.

L'esprit de cette organisation donne toutes les garanties d'indépendance. Il est considéré comme le modèle le plus indépendant vu le risque moindre de capture, car il est peu probable que tous ses membres soient influencés par les mêmes acteurs que ce soit du secteur public ou privé⁹³. Ce modèle de régulation présente notamment des avantages quand il s'agit d'apprécier les procédures de prise de décision. Cependant, cette dernière

⁹⁰ UNION INTERNATIONALE DES TELECOMMUNICATIONS, *Tendance des réformes dans les télécommunications 2002 pour une réglementation efficace*, 2002, Genève, en ligne : <https://www.itu.int/ITU-D/treg/publications/Trends02_ExecSummary-fr.pdf>.

⁹¹ Base de données de l'IUT sur la réglementation des télécommunications dans le monde (2005)

⁹² L.P.C.T, préc., note 44, art. 154. et *Loi n° 2006-04 du 04 Janvier 2006 portant création du Conseil national de Régulation de l'Audiovisuel*, J.O 18 Mars 2006, p.1, art. 3.

⁹³ *Rapport sur l'indépendance des organes de régulation des médias « par Christoph Grabenwater »*, 2008, en ligne : <www.observatoriodemocratico.org/wp-content/uploads/2011/07/CDL...> (consulté le 18 Mai 2015).

fait intervenir plus d'un acteur et l'élaboration de décisions réglementaires peut être un processus plus lent et fait davantage l'objet de luttes intestines⁹⁴.

2 Le régulateur unique

Compte tenu des limites de traitement des contentieux portés au niveau des organes de régulation, le modèle du régulateur unique est le plus approprié pour un traitement rapide vu la souplesse des procédures de prise de décision qu'il présente.⁹⁵ Il peut avoir l'avantage d'une approche cohérente en matière de régulation et de prise de décision, car le pouvoir de prise de décision est dévolu à un seul individu qui peut avoir un plan unifié pour le secteur à réguler. Contrairement au modèle collégial, le régulateur unique peut prendre des décisions plus rapidement même malgré les contraintes liées aux règlements sous la garantie d'une procédure régulière⁹⁶. Ceci marque un allègement des procédures d'adoption des décisions du régulateur qui rend les prises de décision plus rapide.

Toutefois, cette relative liberté ou flexibilité dans les procédures ne lui garantit pas totalement l'indépendance fonctionnelle, car il peut être vulnérable aux influences indues exercées par des acteurs externes dans les pouvoirs publics ou le secteur privé⁹⁷. En sus de cette limite notée, le caractère du nombre constitue une autre limite quant à l'appréciation des compétences du régulateur unique contrairement à ceux du modèle de la régulation collégiale où la diversité des compétences est garantie.

Cette appréciation basée sur la composition de ces deux modèles de régulation permet de mieux comprendre la valeur de l'indépendance fonctionnelle et organique du régulateur.

⁹⁴ INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION, préc., note 16, p29.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.*

Elle permet également d'asseoir définitivement l'indépendance du régulateur passant par le respect des procédures de nomination qui reposent sur le mérite et la collégialité⁹⁸. En effet ce principe correspondant aux directives de l'UEMOA, impose d'asseoir la légitimité scientifique passant par le respect des procédures de recrutement des membres et la précision de leur mandat⁹⁹. Toutefois, ces orientations doivent servir de levier pour l'établissement d'un modèle de régulation indépendant du numérique au Sénégal, car une autorité de régulation suffisamment puissante et autonome est une condition « *sine qua non* » pour réussir une restructuration du secteur des télécommunications et de l'audiovisuel. Il doit notamment être basé sur le renforcement de l'indépendance organique et l'indépendance fonctionnelle du régulateur¹⁰⁰. Ainsi, nous élaborerons sous forme de recommandation la question relative à l'indépendance du régulateur dans le paragraphe deux de la deuxième partie de notre travail de recherche.

Paragraphe 2 : Les différents types de régulateurs

Depuis le début de la régulation, nombreuses approches ont été développées par les théoriciens économiques visant à établir une typologie organisationnelle dépendamment du secteur d'activité visé. Même si sur le plan institutionnel aucune d'elle ne garantit en

⁹⁸ Roberto Caranta, « les conditions et modalités juridiques de l'indépendance du régulateur », dans Marie-Anne FRISON-ROCHE et Christopher BELLAMY (dir.), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité*, coll. Thèmes & commentaires. Droit et économie de la régulation, v. 1, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques : Dalloz, 2004.

⁹⁹ *Acte additionnel A/SA N°1/01/07 relatif à l'harmonisation des politiques et du cadre réglementaire du secteur des technologies et de la communication*, 19 Janvier 2007, p.11, art.11.

¹⁰⁰ B. S. DIOP, préc., note 11, p.324-332.

soi le succès du régulateur, un certain nombre de principes¹⁰¹ doit être pris en compte quand il s'agit d'apprécier l'approche adéquate de chaque secteur¹⁰².

- Régulation monosectorielle

Le régulateur mono sectoriel assure la surveillance d'un seul secteur d'activité spécifique. Il est plus souvent adopté dans les secteurs de l'énergie, des postes, de la radiodiffusion et dans le domaine ferroviaire¹⁰³.

Le personnel spécialisé hautement compétent dans les domaines du droit, de la politique, de l'ingénierie et de la technique axée sur les questions sectorielles constituent un des avantages incontestables de ce modèle de régulation même s'il est bousculé par la convergence. L'origine de cet ensemble spécifique de compétences constitue à la fois un avantage et un risque par rapport à l'établissement d'un régulateur monosectoriel dépendamment de la situation posée. Son avantage est plus rattaché à la formation d'effectifs. Ils disposent dès le départ d'un groupe de professionnels spécialisés possédant une connaissance approfondie des questions techniques ainsi que de très bonnes compétences dans le domaine de l'ingénierie.¹⁰⁴

¹⁰¹ Les grands principes à prendre en compte au moment d'adopter un modèle d'institutionnalisation sont les suivants :

- Les régulateurs doivent être perçus par le secteur comme indépendants d'où l'importance de la transparence et de la responsabilité du régulateur.
- Les régulateurs devraient être compétents pour évaluer des questions techniques et des questions propres au secteur et de statuer avec discernement à leur sujet d'où l'importance de disposer de mécanismes adéquats en matière de nomination et de recrutement.
- Les régulateurs doivent prendre en compte divers points de vue et intérêts, y compris des objectifs économiques, sociaux et politiques. Cet équilibre devrait se traduire dans la structure institutionnelle et dans l'équilibre des pouvoirs. La conception institutionnelle, la structure interne et l'administration doivent être suffisamment souples pour permettre au régulateur de s'adapter aux réalités du marché.

¹⁰² INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION, préc., note 16, p. 6, p.25.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

En effet « *Le besoin perçu d’une équipe de spécialistes a conduit le gouvernement du Cap-Vert à la création, en 2004, d’un régulateur distinct pour les TIC (Institut des communications et des Technologies de l’information ICTI) parallèlement à un régulateur (économique) multisectoriel (Autoridade de regulamentacao Económica- ARE) dont le mandat consiste également à réglementer les Télécommunications* »¹⁰⁵.

Toutefois, une bonne composition de la commission de délibération ne suffit pas pour en garantir l’indépendance et la transparence¹⁰⁶. Deux éléments sont à prendre en compte, selon les détracteurs de la structure fondée sur un régulateur monosectoriel pour mieux évaluer ce modèle de régulation. Le premier point est rattaché à l’origine de cet ensemble spécifique de compétences qui présente des risques de favoritisme et, en conséquence, d’être sous l’emprise des forces dominantes. En effet, ce dernier demeure un élément essentiel à prendre en considération, car il n’est pas propre au régulateur mono sectoriel¹⁰⁷.

En outre, la sectorisation de la régulation pose, avec la convergence, un risque de chevauchement des responsabilités entre les différents régulateurs ce qui quelques fois conduit à un chevauchement des réglementations et nécessite des autorisations pour la prestation au grand public de services essentiellement identiques¹⁰⁸.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Parlement Européen*, Typologies et structures des organismes de contrôle au secteur ferroviaire « par Francesco DIONORI, Simon ELLIS et Pietro CROVATO », Bruxelles, Département thématique, politique structurelle et de cohésion, Direction Générale des Politiques internes, 2011, en ligne : http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/460038/IPOL-TRAN_NT%282011%29460038_FR.pdf (consulté le 19 Mai 2015).

¹⁰⁷ INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION, *pré.*, note 16, p. 26.

¹⁰⁸ *Id.*

L'absence de barrières entre secteurs d'activités occasionnés par la convergence des TIC a amené certains pays comme l'Afrique du Sud et le Royaume — Uni à passer d'un régulateur de type monosectoriel à un type multisectoriel.

- Régulation multisectorielle

Les régulateurs multisectoriels s'occupent à la fois de différents secteurs (services et industriels) avec un fort pouvoir économique et juridique commun. Ce type de structure organique est appliqué dans plusieurs pays africains comme la Mauritanie, la Gambie et le Niger. Il est également adopté dans certains États des États-Unis sous forme de Commissions nationales d'utilité publique¹⁰⁹. En Afrique, la Banque Mondiale a tenté de l'imposer dans bon nombre de pays, mais les limites d'ordres distinctes d'un tel système de régulation ont été relevées pour limiter sa répartition en Afrique comme modèle de régulation à la place de la régulation sectorielle.¹¹⁰ L'un des principaux arguments généralement invoqués en faveur d'un organisme de régulation multisectoriel tient au manque apparent de ressources et à la nécessité de réaliser des économies d'échelle pour réglementer efficacement les différents secteurs et industries infrastructurels¹¹¹. Il est selon les tenants de la monosectorialité plus une source de juxtaposition des secteurs qu'une source d'intégration¹¹².

Ainsi, avec ce type de régulateur, c'est le même groupe de personnel qui assure la surveillance des différents secteurs industriels et le recrutement se fait en fonction du secteur régulé. Seuls les juristes et, parfois les économistes sont regroupés pour traiter de

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ O. KANE, pré., note 3, p.228.

¹¹¹ INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION, pré., note 16, p.27.

¹¹² O. KANE, pré., note 3, p.229.

questions spécifiques qui touchent différents secteurs. La complexité et la nécessité de précision dont la régulation de certains secteurs exige ne donnent point autant de crédibilité à ce type de réglementation.¹¹³ Si on prend l'exemple de la gestion des spectres, il est impératif de faire recours à l'ingénierie ce qui de source remet en cause la pertinence d'un tel model. Il peut en ressortir que son succès dépend profondément du secteur régulé et à la complexité d'en assurer son encadrement. Ainsi, dans un contexte d'innovation technologique continue; la portée de l'innovation technologique et l'intrication notée des infrastructures astreignent la remise en cause de la capacité d'un tel régulateur ou d'un tel modèle de régulation.

En effet, le secteur des Télécommunications est le plus libéralisé des secteurs régis par la régulation multisectorielle. Ceci s'explique par le flux économique majeur occasionné par ce secteur au détriment des autres secteurs comme celui de l'énergie avec la distribution d'électricité en Afrique et de Gaz par exemple en Europe qui sont dans ces situations à sa charge¹¹⁴. Les partisans de ce modèle de régulation soutiennent qu'un régulateur multisectoriel peut atténuer les influences politiques et autres à l'égard du processus de prise de décision contrairement au modèle mono sectoriel ou le régulateur use de son libre arbitre.

- Absence d'autorité spécifique de régulation

Contrairement aux approches organiques vues dans les parties précédentes, nous pouvons notamment choisir de nous appuyer sur l'application des règles de la concurrence et de règles « *antitrust* » au lieu d'appliquer des règles détaillées et des modes

¹¹³ INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION, pré., note 16, p. 27.

¹¹⁴ *Id.*

d'institutionnalisation propres au secteur. Ce modèle est plus simple à mettre en œuvre et est plus avantageux économiquement¹¹⁵. Du point de vue juridique, il présente d'une part des avantages relatifs à l'impartialité, car ce sont les juges qui sont responsables en dernier ressort de l'application de la réglementation économique. D'une autre part, l'absence de compétences des juges à répondre aux différentes questions techniques constitue une limite à ce modèle de régulation.

Toutefois, ce modèle ne connaît point de succès, seule la Nouvelle-Zélande l'avait adopté en confiant aux autorités « *antitrust* » l'administration de toutes les règles de contrôle du pouvoir commercial dans le secteur des télécommunications et sur le plan réglementaire s'appuyait principalement sur la loi de 1986 portant sur le commerce pour empêcher tout comportement anticoncurrentiel. Cet exemple de régulation vient confirmer que le droit continue d'occuper une place déterminante dans la régulation malgré les mutations normatives enregistrées à l'ère post modern du droit et l'adoption de différents modèles de régulation. Il détient toujours ce pouvoir du dernier mot qui permet au droit, malgré l'internormativité, de contrôler de manière interne la validité de sa propre production et de manière externe de réceptionner les productions des normes non étatiques produites par d'autres régulateurs.¹¹⁶

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ Jean DAIN, *Théorie Générale du droit*, coll. Dalloz, Paris, Dalloz, 1969, p..

Chapitre II : Analyse de l'intervention étatique dans l'économie et rationalité des techniques d'intervention à l'ère postmoderne.

L'intervention de l'État s'est opérée suivant différentes étapes, de nature distincte et à des époques différentes. Un processus qui a débuté au XVIII et qui continue toujours de faire l'objet de théorie distincte opposant différentes écoles de pensée. L'état principal acteur de la régulation s'est positionné avec le monopole naturel en qualité d'offreur de service dans certains domaines de l'économie, dont le domaine des télécommunications. Une idéologie correspondante à celle de l'économie publique traditionnelle qui soutient que l'État doit intervenir dans les secteurs essentiels de l'économie en orientant les choix stratégiques de l'opérateur en matière d'investissement et de technologies¹¹⁷. Elle marque tout de même la rupture avec la logique de l'État providence¹¹⁸. Une idéologie soutenue par le colbertisme et qui relie parfaitement l'un des objectifs principaux de l'intervention de l'État régulateur qui est la correction des défaillances des marchés et la régulation des marchés en réseau¹¹⁹. Cette approche nouvelle de l'État correspond à la rupture de l'interventionnisme et du dirigisme de l'État providence connu pendant la période des trente glorieuses¹²⁰. Elle se rapproche plus d'un type de régulation néolibéral sous l'influence de la mondialisation et de la libéralisation, ce qui marque un maillage à tout système organisé, quel que soit le domaine. Le débat théorique opposant les différentes écoles de l'économie comme celle de l'école libérale s'oppose à l'intervention de l'État dans le jeu de la régulation. Les ténors

¹¹⁷ B. S. DIOP, pré., note 11, p.28.

¹¹⁸ Jacques CHEVALIER, « l'État régulateur », (2004) 3-111 *R.F.A.P* 473, 478.

¹¹⁹ . Paul A. SAMUELSON, « The Transfer Problem and Transport Costs, II: Analysis of Effects of Trade Impediments », (1954) 64-254 *Econ. J.* 264

¹²⁰ J. CHEVALIER, pré., note 118, p.473.

de cette école soutiennent que l'État doit se limiter à sa fonction d'État gendarme, c'est-à-dire, se focaliser sur ces missions principales de défense de la nation et d'administration de la justice et des biens collectifs essentiels. À l'ère post-moderne du droit, cet objectif de régulation reste soutenu, mais suivant quelques mutations relatives à sa façon d'imposer son pouvoir qui passe par la régulation.

Cependant, afin de ne pas tomber dans une logique d'intervention purement théorique pour tenter de justifier l'intervention de l'État dans le jeu de la régulation nous décidons d'orienter notre recherche principalement sur la place du droit dans le nouveau type de régulation ou l'État reste présent dans la régulation en qualité d'arbitre du jeu et producteur de normes passant par des politiques publiques.¹²¹ Ceci marque l'évolution du débat relatif à la non-intervention de l'État dans le jeu de la régulation. Cette logique d'appréciation des mutations sur les interventions du régulateur ne vient pas forcément témoigner du retrait de la puissance publique, il vient par contre comme un élément révélateur d'une autre façon d'intervenir sur le marché. Il ne représente point un retrait profond de la puissance publique, mais un renforcement des objectifs de son intervention visant la pérennité et l'équilibre du marché suivant une perspective juridique pour harmoniser le marché et garantir la concurrence.¹²² Nous allons alors faire fi de la recherche de cohésion sociale telle que longtemps théorisée pour nous orienter vers une approche plus postmoderne correspondante au dynamisme des technologies qui est la régulation.

¹²¹ J. CHEVALIER, pré., note 115, p.478.

¹²² Thierry PENARD et Nicolas THIRION, *La régulations dans les Télécommunications : une approche croisée de l'économie et du droit*, cours, Rennes, en ligne : <<http://perso.univ-rennes1.fr/thierry.penard/biblio/regulationtelecom.pdf>> (consulté le 23 mai 2015).

Section I : La régulation un nouveau modèle d'État.

Avec la régulation les modes d'intervention de l'État ont changé, on note une inflexion en profondeur des modes d'action de l'État¹²³. Il s'insère entre l'économie publique traditionnelle et l'économie industrielle reconnaissant à la fois l'existence de défaillance de marché et d'asymétrie informationnelle entre régulateurs et régulés. Ces deux représentent les fondements de l'interventionnisme de l'État pour tenter de corriger les défaillances du marché. Il s'impose moyennant un droit de regard sur l'évolution de la production dans un secteur donné à travers des mécanismes de normalisation contraignants. Une démarche jugée évolutive dans la mesure où elle a servi à accompagner la libéralisation et aujourd'hui sert de techniques d'intervention avec l'innovation technologique. L'État intervient différemment dans le jeu de la régulation passant par des politiques publiques et des techniques juridiques érigées dans les mêmes perspectives visant la croissance et l'arbitrage des marchés concurrentiels. Nous allons ainsi étudier les raisons pouvant justifier son intervention dans le jeu de la régulation (1), mais aussi tenter d'analyser l'encadrement juridique de la régulation suivant une orientation visant à déterminer la place du droit dans les procédures et mécanismes d'élaboration des normes et politiques publiques érigées pour justifier l'intervention de l'État (2).

Paragraphe 1 : Les raisons d'intervention de l'État

Pour intervenir dans un marché, l'État doit au préalable inclure dans sa perspective de régulation une stratégie à long terme visant la croissance économique. C'est ainsi que trois

¹²³ J. CHEVALIER, pré., note 115, p.476.

raisons sont principalement relevées pour tenter de justifier son intervention dans le jeu de la régulation. Celles évoquées au début des années 1970 demeurent pertinentes aujourd'hui et beaucoup plus raisonnables dans un contexte du numérique marqué par une complexité du marché. Nous allons ainsi l'analyser suivant une adaptation au contexte actuel.

En effet, la principale raison consiste à surveiller l'évolution de la production ou autrement l'efficacité productive qui est un objectif qui impose la mise en place d'un cadre légal comme rôle minimal pour les États. Il inclut toutes les règles du jeu entre agents économiques tous égaux devant la loi.¹²⁴ Une politique d'intervention contraire à celle théorisée par les défenseurs de la liberté du marché, car elle va au-delà de la mise en place d'un système de droit tout en favorisant pleinement le développement de la concurrence.¹²⁵ Une orientation qui, prise du point de vue juridique, s'impose sous forme de standardisation et de normes contraignantes¹²⁶. S'agissant des standardisations, trois types sont ainsi privilégiés par les États : il s'agit de la standardisation par le marché, de la standardisation par la coopération entre les firmes et la standardisation réglementaire¹²⁷. Cette dernière est favorisée par les autorités publiques, car elle laisse une place à d'autres autorités particulières. Cette approche innovatrice marquée par la flexibilité des pouvoirs de l'État est guidée par le marché, mais comme le note Peter swann, « il existe un important élément de bien public dans l'infrastructure de la normalisation. »¹²⁸

¹²⁴ Christian DEBLOCK, Bernard ELIE et Nicolas MARCEAU, *Les interventions de l'État dans l'économie et l'encadrement des marchés*, 2004 2003, en ligne : http://www.assoune.eu/documents/pol_intervention.pdf, (consulté le 14 Mai 2016).

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ T. PENARD et N. THIRION, pré., note 118, p.15.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ C. DEBLOCK, B. ELIE et N. MARCEAU, pré., note 124, p.5.

Cependant, en plus de la fonction de surveillance, l'état intervient dans la régulation pour corriger les marchés ratés. Cette approche est principalement reliée à la théorie économique contemporaine qui stipule que lorsque le regroupement de certaines incohérences relatives à la concurrence et l'allocation des ressources touchent le marché, l'état se doit d'intervenir afin de rétablir l'équilibre. En effet, différentes situations peuvent chacune prise individuellement représenter un cas raté du marché, mais dans le cadre de ce travail de recherche nous allons prendre celle qui se rapproche plus du contexte évolutif de la régulation, c'est-à-dire, qui touche plus le postmodernisme marqué par la fin du monopole naturel jugé comme élément parfait de raté du marché. Ce caractère limitatif dans certains sens est désormais supplanté par celui visant l'asymétrie informationnelle¹²⁹. Elle constitue alors une condition née de la libéralisation marquée par une disponibilité d'information parfaite soutenue par une liberté de décision raisonnable déléguée aux acteurs. Cependant, l'acquisition ou la répartition de l'information représente une des conditions majeures de l'intervention de l'état dans le jeu de la régulation, car les acteurs font face à des risques de position dominante et ceci dans n'importe quel marché¹³⁰. Pour limiter les risques de captures politiques et assurer une symétrie informationnelle qui regorge un caractère limitatif de la régulation, l'état se propose le répartiteur équilibré des ressources dans une logique de quête d'équité.¹³¹ Ceci marque une nouvelle approche politique de la régulation justifiant l'intervention de l'État suivant un objectif redistributif¹³². L'État se charge de la mission de veiller à la bonne répartition des ressources suivant une politique d'équité visant d'une part à réduire les inégalités du marché de la concurrence et d'autre part à assurer la

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*

¹³² T. PENARD et N. THIRION, pré., note 122.

stabilité économique. En effet, la régulation du secteur des télécommunications est très illustrative pour exprimer la redistribution des ressources économiques en partie grâce à la création du service universel destiné à garantir un minimum de services aux consommateurs, selon des critères d'accessibilité, d'égalité et de fixation de prix abordables.

Donc l'état intervient qu'en cas d'insuffisance ou de défaillance des mécanismes d'interventions dans le marché non pas comme un substitut aux acteurs, mais comme un élément amplificateur des initiatives du marché passant par des politiques publiques impliquant le droit. Un corps qui avec le nouveau modèle de régulation connaît une évolution remarquable dans sa façon d'exprimer la transcendance étatique¹³³.

Paragraphe 2 : La place du droit dans la régulation

Depuis la fin du 20^e siècle, le droit s'est fortement distancé du droit réglementaire classique. Il s'est libéré progressivement de ce droit jupitérien abstrait, général, désincarné et de transcendance purement étatique pour devenir avec la régulation un « *droit mou* » ou « *soft Law* » moins répressif formulé suivant des directives, des recommandations, élaborées sous forme de politique publique par les États¹³⁴. Nous sommes alors face à un autre droit marqué par le pragmatisme et la flexibilité présentant un aspect flou des frontières du droit¹³⁵.

¹³³ J. CHEVALIER, préc., note 118, p.480.

¹³⁴ Gerard TIMSIT, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », (1998) 78 R.F.A.P 375, 377.

¹³⁵ J. CHEVALIER, préc., note 115, p 480.

Avec la régulation, l'État fait recours à une panoplie de moyens et d'actions de nature juridiques et non juridiques le tout regroupé dans une stratégie de politique publique pour légitimer son intervention¹³⁶. Il s'ouvre alors à un dispositif très élargi surtout à l'ère des technologies convergentes ou différentes sciences à savoir politiques et économiques sont prises en compte pour définir des politiques réglementaires sectorielles.

Les analyses d'une telle réglementation des États indiquent généralement que les perspectives proposées par les économistes et politologues sont privilégiées. Celles des juristes sont comme dépassées par les réalités des nouvelles situations qu'elles impliquent. Ils sont selon Pierre Trudel comme absents des lieux dans lesquels sont pris en considération les motifs d'agir, les objectifs et les traits fondamentaux des politiques publiques des États.¹³⁷ Cette situation marquante de la marginalisation du droit témoigne dans certains de son caractère évolutif. On est alors passé du droit moderne au droit postmoderne pour tenter de justifier les politiques des États.

Cependant, cette analyse superficielle visant à justifier le déclin du droit au profit des autres sciences¹³⁸ se révèle être fausse lorsqu'on oriente notre analyse sur le caractère raisonné de la norme visant à justifier les motifs d'intervention du droit, car même si le droit de la régulation associe le « droit dur » et le « droit mou » suivant des modalités variables, il reste sous l'empire de la rationalité juridique. Il faut dans ce cas s'orienter vers une

¹³⁶ Jacques CHEVALIER, « La régulation juridique en question », (2001) 3 *Droit Société* 827, 834.

¹³⁷ Pierre TRUDEL, « Point de vue sur la gouvernance et la régulation des médias dans le contexte de la numérisation ». dans D. GIROUX, F. SAUVAGEAU, CENTRE D'ÉTUDES SUR LES MÉDIAS et CONSORTIUM CANADIEN DE RECHERCHE SUR LES MÉDIAS (dir.), préc., note 20, p.125.

¹³⁸ Sous l'influence de la conception archi-positivistes du droit, les milieux juridiques laissent entrevoir généralement une vision étroite du droit que l'on confine aux seules manifestations visibles dans les lois et à la rigueur dans les décisions judiciaires. Cette façon aussi étroite de concevoir le droit à l'ère postmoderne permet de confirmer son caractère peu pertinent dans plusieurs processus décisionnels.

réflexion analytique de l'activité même pour tenter de justifier sa place dans les différents processus visant l'effectivité de la régulation par le droit. Elle est alors plus apte à proposer un cadre d'analyse susceptible de prendre en compte l'ensemble des raisons pour lesquelles les normes doivent être énoncées et si elles doivent être mises en place, quelles sont les meilleures manières de s'y prendre pour les énoncer.

Cependant, cette affirmation ne vient pas renier le caractère pertinent des analyses politiques, économiques ou scientifiques intégrées dans les politiques publiques pour justifier les interventions budgétaires des états ou les risques pouvant y être rattachés. Elle vient par contre témoigner de la place prépondérante du droit dans les procédures d'élaboration de la normativité réglementaire et de son effectivité. Une prépondérance justifiée du fait que c'est aux juristes de confirmer la pertinence et la conformité des recommandations et des analyses issues des autres sciences suivant un modèle propre susceptible de rendre compte des rapports entre le droit et les politiques qui doivent être mise en œuvre¹³⁹.

Toutefois, même si l'émergence de la régulation est consacrée et que le droit fait face à une conception nouvelle, cela ne signifie nullement une substitution aux formes juridiques classiques de la configuration radicale d'une nouvelle forme de droit de la régulation, car malgré la souplesse et la réflexibilité accordées, il reste profondément ancré sous l'empire de la rationalité¹⁴⁰.

¹³⁹ P. TRUDEL, préc., note 58, p.3.

¹⁴⁰ J. CHEVALIER, préc., note 118.

Section II : Analyse des rationalités des normes réglementaires, des mécanismes et techniques d'intervention juridiques

Comme relevé dans les parties précédentes, le droit évolue et s'adapte généralement au contexte de l'évolution des réalités, souvent en exigeant une modification des normes ou l'adoption de nouvelles normativités pour tenter de corriger les inadaptabilités du droit aux secteurs à réguler. Une démarche qui touche profondément les rationalités justifiant les normes déjà existantes ce qui nécessite de reconsidérer les rationalités qui accompagnent les changements en vue ou déjà enregistrés sur le droit. Ces règles doivent fortement reposer sur des justifications. C'est ainsi que nous avons décidé d'orienter notre analyse sur un ensemble de référentiels que nous jugeons essentiels pour comprendre l'évolution des rationalités.

S'agissant de la stratégie d'analyse en amont, il faut passer par une appréhension parfaite des valeurs que la norme essaie de défendre par le recours au droit sous la forme de rationalité présentée dans les arguments de justifications données pour tenter de justifier l'interventionnisme juridique pris à l'égard des multiples aspects du fonctionnement des activités sujettes à la réglementation.¹⁴¹ Ceci revient à déterminer les différentes rationalités au nom desquelles l'État ou la norme juridique se base pour justifier son intervention.

Cependant, compte tenu de la diversité des foyers de production de la norme et la nécessité de s'ouvrir à la comparaison des systèmes juridiques, les normativités issues de ces instances internationales sont également incluses dans l'analyse des rationalités pour

¹⁴¹ P. TRUDEL, préc., note 61.

prendre en compte les valeurs des normes internationales souvent à la source de certaines rationalités surtout concernant les technologies de l'information.¹⁴²

Toujours pour renforcer l'analyse en amont les sources nationales doivent également être prises en compte dans les procédures d'analyses des rationalités justifiant les politiques nationales. Cette approche nous permet de « *dresser un bilan systémique des raisons, conflits, contradictions et situations qui prévalent et qui permettent d'expliquer l'adoption de la règle et les raisons à l'origine des habilitations conférées aux délégataires* »¹⁴³.

Cependant, selon Pierre Trudel l'analyse des rationalités en amont de la règle de droit ou du système de réglementation permet également d'expliquer les raisons des habilitations conférées aux normes réglementaires.¹⁴⁴ Une analyse privilégiée au détriment de celle produite en aval qui permet une fois la nature du changement déterminée, d'apprécier ceux qui commandent ou justifient les interventions de la règle de droit.

Donc, nous pouvons en résumé retenir que pour analyser les rationalités changeantes basées sur le contexte et la nature de l'intervention prévue il faut s'ouvrir aux sources internationales, mieux renforcer les ressources au niveau national et en aval tenter de dresser un portrait exact des rationalités pertinentes à l'analyse et établir les grands principes énoncés pour faire appliquer la loi et dans certains cas justifier ses carences.

Cependant, suite à une l'analyse des raisons d'interventions, des sources nécessaires à l'analyse des rationalités des normes réglementaires pour réguler un phénomène

¹⁴² Monique CHEMILLIERGENDREAU, « *le droit international et la régulation* » Michel MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique: Colloque du Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'État, 1 et 2 octobre 1992, Université de Montpellier I*, coll. Collection Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 1995, p.57.

¹⁴³ P. TRUDEL, préc., note 58, p.21.

¹⁴⁴ *Id.*

particulier, nous allons brièvement aborder les approches complémentaires nécessaires pour compléter notre analyse. Au paragraphe suivant, nous verrons, les mécanismes et techniques d'intervention pour élaborer des normes juridiques efficaces.

Paragraphe 1 : Les rationalités juridiques au niveau macro juridique et micro juridique.

Pour analyser les rationalités des règles de droit déjà existantes ou à élaborer, il faut d'abord passer par une analyse au niveau macro et micro juridique. C'est le cas lorsqu'il s'agit d'une loi devant prendre en charge une activité bien précise ou un phénomène moyennant une prise en compte des situations en amont et en aval.

- Analyse des rationalités au niveau macro-juridique

Afin d'effectuer une analyse adéquate et pertinente de la rationalité juridique, il faut baser notre approche à un niveau macro-juridique pour en assurer son efficacité. Cette analyse doit se faire en amont de la règle de droit et du système de réglementation analysés lorsqu'il s'agit d'élaborer une loi devant encadrer un phénomène évolutif. Pour une analyse au niveau macro-juridique, il faudra procéder à une série d'interrogation qui permettra de répondre objectivement aux motifs raisonnables de l'intervention juridique. Une telle démarche permet ainsi de faire le point sur « *les limites des interventions étatiques, sur les traits fondamentaux du phénomène étudié ou de la situation susceptible de faire l'objet d'une intervention* ». ¹⁴⁵ Toutefois, cette approche gagne à être plus efficace lorsqu'elle est complétée par une analyse sur le plan micro juridique.

¹⁴⁵ P. TRUDEL, préc., note 58, p.21.

- Analyse des rationalités au niveau Micro-juridique

Analyser la raison d'être de la règle de droit au niveau micro juridique consiste à élaborer une mesure adoptée par le parlement. Cela est cependant suivi d'une exigence d'orienter l'analyse sur les motifs et les raisons sous-jacents aux approches réglementaires retenues. Ceci correspond à une analyse en aval qui est selon certains théoriciens du droit, la plus importante du point de vue de la réforme juridique. Elle vise à identifier, en marge des analyses prenant en compte la dimension normative du phénomène à analyser, quels sont les changements qui justifient les interventions de la règle de droit ou des changements dans celle-ci.¹⁴⁶

En outre, une telle méthode d'analyse doit permettre d'identifier les carences, problèmes, contradictions et difficultés auxquels un gouvernement peut faire face par rapport à l'effectivité de la norme. Ainsi pour garantir son succès, différentes techniques d'intervention juridiques peuvent servir de base pour justifier la capacité du droit à prendre en compte différentes normativités à savoir techniques et politiques surtout dans un contexte de convergence.

En bref, ces moyens d'analyse qui tentent de toujours justifier la pertinence de l'intervention du droit par le biais de l'état afin d'améliorer ou de changer une règle de droit ne sont pas inclus dans les procédures purement législatives des États. Ils sont plus employés par les commissions d'enquête ce qui quelque part biaise l'efficience juridique recherchée parce que malheureusement de tels modèles d'analyses sont réalisés en dehors

¹⁴⁶ *Id.*

des analyses incluant la dimension normative du phénomène ou de la règle de droit à analyser¹⁴⁷.

Paragraphe 2 : Techniques d'intervention juridiques et mécanismes de réglementations.

Lorsque les conditions changent, les techniques d'intervention juridiques s'adaptent à ces évolutions afin de permettre une élaboration des politiques publiques adaptées et une justification pleinement applicable des normes réglementaires¹⁴⁸. Les techniques pour exprimer leurs fondements sont variées à l'égard d'un phénomène changeant marqué par un accroissement des marchés et de leurs maturités¹⁴⁹. Ces règlements prennent pour source d'autres normes que celles prises d'habitude.¹⁵⁰ Elles entretiennent des rapports d'inter normativité avec l'éthique et sa compréhension ne peut plus jamais se réduire exclusivement à une vision linéaire du phénomène juridique vu la présence d'autres normes qui ont un effet normatif incontestable¹⁵¹.

En effet pour parvenir à une analyse pertinente des techniques de réglementation, il faut une maîtrise élargie de la notion en y englobant la notion de « régulation »¹⁵². Autrement dit, l'analyse de technique de réglementation doit dépasser la notion de norme et introduire

¹⁴⁷ P. TRUDEL, préc., note 58, p.21.

¹⁴⁸ Réussir une étude de réglementation à l'égard d'un phénomène changeant, passe par une maîtrise d'informations suffisantes sur les traits fondamentaux et le fonctionnement des techniques de réglementation disponible

¹⁴⁹ P. TRUDEL, préc., note 58, p.21.

¹⁵⁰ L'analyse des techniques de réglementation doit toutefois aller au-delà plus loin et permettre de déterminer la place et le poids que prendront les normes floues, les techniques auto-réglementaires, le droit mou dans la stratégie parlementaire qui sera mise en place.

¹⁵¹ Ivan BERNIER, Andrée LAJOIE et COMMISSION ROYALE SUR L'UNION ÉCONOMIQUE ET LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT DU CANADA, *Les Règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, [Ottawa], Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, p. .

¹⁵² P. TRUDEL, préc., note 74, p.22.

dans sa stratégie une analyse de la place et du poids des normes floues, des techniques auto réglementaires et du droit mou.

Les techniques de réglementation se présentent comme « *un agencement de normes destinées à produire le résultat recherché par les politiques qu'elles visent à mettre en œuvre.* »¹⁵³ Elles s'identifient également aux diverses techniques utilisées par ceux qui veulent imposer des normes de conduite à ceux qui prennent part à une activité.

L'évaluation ou l'analyse de l'intervention juridique dans la réglementation suivant un caractère évolutif s'effectue en conformité avec les politiques publiques des États par rapport à chaque secteur d'activités. Elle s'effectue également à un niveau macro et micro juridique pour mieux apprécier son effectivité.

- Analyse des techniques d'énonciations des réglementations

Mettre en œuvre des mécanismes et des institutions capables de contrôler méthodes et objectifs de réglementation contribue à l'établissement d'un cadre réglementaire efficace et de qualité. Moutlt techniques de réglementation permettent de mettre en œuvre ces politiques publiques. Elles passent par des mécanismes divers qui peuvent être pris en compte à savoir les mécanismes réglementaire, économique et/ou communicationnel.

Sur le plan juridique, l'adoption d'un régime réglementaire exige la détermination des droits et obligations des administrés, de même comment se déroulera le contrôle du décodage des normes passant par un contrôle administratif? Le recours aux techniques classiques est encore plus usité au détriment des multiples techniques développées par

¹⁵³ Pierre TRUDEL et CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC (dir.), *Droit du cyperespace*, Montréal, Éd. Thémis, 1997.

rapport à certaines situations. Des règles de types informels souvent employées dans les textes internationaux à savoir le « *droit mou* »¹⁵⁴ ou le « *soft Law* »¹⁵⁵. Ils s'ajoutent à la liste pour déterminer une politique publique au niveau micro juridique dépendamment du domaine à réguler. Par exemple, dans le domaine des télécommunications ou des médias surtout à l'ère de la convergence, les régulateurs s'en remettent généralement à la technique de l'autoréglementation¹⁵⁶ basée sur la maturité du marché et des garanties à une concurrence saine et loyale¹⁵⁷. Alors que dans les recommandations de l'OCDE du conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaire, l'analyse d'impact réglementaire est présentée comme nouveau mécanisme pour une réglementation efficace, car elle permet de définir clairement les objectifs de politiques recherchées, déterminer si l'intervention réglementaire est nécessaire et dans quelles conditions il peut être plus efficace et efficient pour atteindre ces objectifs¹⁵⁸. La jurisprudence canadienne a dans plusieurs décisions des tribunaux tenté d'apprécier la pertinence d'un tel mécanisme de réglementation¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Le « *droit mou* » se caractérise par la grande discrétion qu'il laisse au débiteur de l'obligation pour atteindre certains niveaux acceptables malgré l'importante marge d'appréciation laissée à ceux qui sont visés. Les effets produits sont souvent comparables à des mesures réglementaires qui se révéleraient moins bien adaptées à certains phénomènes comportant des dimensions informationnelles. Pierre TRUDEL et France ABRAN, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Ed. Thémis, 1991, p.432 et s.

¹⁵⁵ Gruchalla - Wesierski TADEUSZ, « A framework for understanding "soft law." », (1984) 30 (1) *McGill Law J.*, en ligne: <<http://www.heinonline.org/HOL/Page?page=37&handle=hein.journals%2Fmcgil30&collection=journals>> (consulté le 10 juin 2015).

¹⁵⁶ P. TRUDEL, préc., note 74, p.2.

¹⁵⁷ La pertinence de cette technique a été discutée en Australie qui dispose de plusieurs instances consultatives pour le secteur des communications dont le Forum australien de l'industrie des communications (ACIF).

¹⁵⁸ ORGANISATION DE LA COMMISSION DES ÉTATS, *Recommandations concernant la politique et la gouvernance réglementaire.*, OCDE, 2012, P.11

¹⁵⁹ COUR SUPREME DU CANADA, *Canada, Ministre des transports, de l'infrastructure et des collectivités et Jagjit Singh Farwaha*, (2014), 2014 CAF56.

Sur le plan économique, les incitatifs financiers¹⁶⁰ servent de point de repère. Ils doivent être examinés à la lumière des critères de régularité et de légalité devant présider à l'action de l'état.

Sur le plan communicationnel, la réglementation étatique est relativement remplacée par des campagnes de sensibilisation visant à amener les gens à changer leurs attitudes et leurs comportements¹⁶¹.

- Analyse des mécanismes de réglementations

Les droits et obligations sont les principales sources d'énonciation des règles et obligations malgré les différentes combinaisons des mécanismes de réglementation. Elles résultent plus de notions aux contenus tout à fait déterminés au préalable¹⁶² que de notions floues ou à contenu variable. Cette distinction basée sur l'effectivité et la précision de la notion maintient la pertinence de l'intervention des juristes pour un contrôle des mécanismes de décodage des contenus, quelle que soit leur nature et provenance. Plusieurs des normes énoncées par le parlement le sont au moyen de standards établis le plus souvent au niveau du discours législatif et affectés d'une forte charge émotive. Il revient aux instances chargées de la mise en œuvre des politiques de procéder, en première ligne au décodage de

¹⁶⁰ Kernaghan WEBB, « Thumbs, Fingers, and pushing on string: legal accountability in the use of federal financial incentives », *Alta. Rev. Law* 505.

¹⁶¹ Robert S. ADLERT et R. David PITTLETT, « Cajolery or Command: Are Education Campaigns an Adequate Substitute for Regulation? », *Yale J. Regul.* 1983.159-193.

¹⁶² Lorsque la matière visée fait consensus, il est relativement aisé d'énoncer les règles aux moyens de notions à contenu déterminé. Les interprètes sont ainsi appelés à se limiter à la découverte de l'objet général de la communication législative et de s'abstenir de toute énonciation de la gamme des sens par rapport à la communication.

ces normes générales qui deviennent les rationalités et qui justifient les actions générales et spécifiques qui seront entreprises¹⁶³.

Toujours suivant une analyse macro-juridique, les normes peuvent être formulées de deux manières. D'abord, elles doivent être énoncées de façon prescriptive à la manière des lois ou règlements créant des droits subjectifs pour les personnes. Par exemple l'article 5 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de la personne et article 4 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*. Ensuite, avant d'orienter les actions des autorités publiques des précisions par rapport aux objectifs constituent un préalable.

Hormis cette technique précise, est préconisée la technique d'énonciation des standards de la formulation de la règle de droit. Le choix porté sur cette formule impose aux personnes de mettre en œuvre la loi, identifier les rationalités sous-jacentes à la loi et leur commande de définir les techniques de réglementation les plus appropriées.

Les normes peuvent aussi se développer de façon plus graduelle et imperceptible, à la manière des règles jurisprudentielles. Les solutions apportées à chaque cas permettent de faire émerger graduellement les principes suivant lesquels les problèmes futurs seront résolus. Cette technique est souvent perçue par les non-juristes comme source d'insécurité. Certains décideurs sont si peu enclins à intégrer à leurs informations des données sur les courants jurisprudentiels qu'ils en viennent souvent à exiger que tout soit codifié dans des

¹⁶³ Quel que soit le niveau d'analyse emprunté, les systèmes de réglementation font de plus en plus appel à des notions floues ou variables présentées comme des infirmités juridiques occasionnant une remise en cause à la méthode de conception des lois. Malheureusement, en droit la précision linéaire des notions ferait perdre au droit son plus grand sens qui est l'interprétation. Alors cette limite de précision terminologique permet au droit de se maintenir en contact avec les pratiques et les évolutions. Pierre TRUDEL, France ABRAN, Denis ASSELIN, UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC et COLLOQUE « DROIT DU PUBLIC À L'INFORMATION ET VIE PRIVÉE : DEUX DROITS IRRÉCONCILIABLES ? » (Dir.), *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables ? : actes du Colloque tenu à Montréal les 9 et 10 mai 1991*, Montréal, Éditions Thémis, 1992.

textes supposément plus clairs. Cependant, une vision plus systématique des techniques de réglementation est de nature à relativiser cette fâcheuse tendance¹⁶⁴.

Conclusion première partie

La rencontre des phénomènes du postmodernisme juridique et de la convergence des technologies à renforcer l'existence d'énormes mutations sur les façons de créer le droit, de comprendre les rationalités sous-jacentes et les cadres adaptés pour une effectivité garantie sur la base d'une gouvernance réglementaire. À l'ère du numérique marquée par l'interactivité normative, où interagissent plusieurs savoirs, le droit reste le savoir principal pour réguler l'effet de la convergence. Il nous permet ainsi sur la base des sources internationales de la normativité et des approches de la régulation des États de passer en revue, sur le plan normatif et institutionnel, les différentes approches jugées pertinentes pour définir une régulation du numérique adaptée à différents contextes politico-économiques. Au niveau théorique, différentes analyses macro-juridiques et micro juridique nous renseignent de manière générale sur le renforcement du caractère contraignant du droit sur les autres savoirs. En effet, cette démarche nous permet pour le cas de notre travail de recherche de prendre pour support de base les différentes théories et cadres d'analyses utilisés dans la première partie pour justifier les choix du Sénégal que l'on va proposer pour réguler le phénomène de la convergence télécom et audiovisuel sur le plan institutionnel et normatif.

¹⁶⁴ P. TRUDEL, préc., note 61.

Deuxième partie : Référentiel de la régulation de la transition au numérique et recommandations pour un cadre juridique convergent.

L'avènement du numérique dans la vie quotidienne des hommes impose une forte implication des États pour encadrer son évolution. Il présente des enjeux énormes en matière d'économie ce qui n'écartera pas une forte détermination des pouvoirs publics pour internaliser les enjeux de ce Nouveau Monde notamment pour comprendre ce qui a changé dans les rationalités de la régulation afin de l'adapter à l'évolution du numérique.¹⁶⁵ Pour ce qui est du Sénégal, les enjeux sont principalement d'ordre économique, car l'économie numérique garantit son accroissement. Ainsi, il ne suffit pas d'avoir une bonne économie pour bien encadrer cette nouvelle transition, car seul l'engagement du pays à en faire un succès peut être déterminant¹⁶⁶. Cependant, pris individuellement, l'avènement du numérique constitue un fondement justifiant les changements de rationalité de la régulation dans un pays comme le Sénégal où toute la vague de dérèglementation était basée sur cet aspect de la croissance économique. Mais à travers les encadrements précédents des secteurs de l'économie, il est enseigné que son succès est le fruit de la réunion d'un ensemble de conditions à savoir : politique, économique, juridique et social¹⁶⁷.

¹⁶⁵ ARCEP, « Compte rendu de la conférence les “Barbares attaquent la régulation” », *La Revue Stratégique*, 15 Décembre 2015, en ligne : <http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/CR-conf-barbares-attaquent-regulation-dec2015.pdf> (consulté le 28 Mai 2016).

¹⁶⁶ INSTITUT MONTAIGNE, *Le défi numérique : Comment renforcer la compétitivité de la France*, Paris, 2011, p.7.

¹⁶⁷ Le passage au numérique est un enjeu politique, économique et sociétal majeur. Il est créateur de richesse et accélérateur de développement économique grâce au développement des télécommunications et l'arrivée d'internet haut débit. MINISTÈRES DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, DU REDRESSEMENT PRODUCTIF, DE LA CULTURE ET DES COMMUNICATIONS DE LA FRANCE, *Guide pratique passage au numérique en Afrique sub-saharienne*, Paris, 2013, en ligne : <<http://www.entreprises.gouv.fr/files/files/guides/GuideTNT-FR.pdf>> (consulté le 1 septembre 2015).

En effet, tout manquement noté dépasse la dimension nationale, car la régulation revêt désormais un caractère transnational compte tenu des facilités d'interconnexion présentée plus complexe. Il faut alors privilégier la coordination des normes et des technologies identiques pour tendre vers une globalisation du marché des équipements au niveau sous régionale et l'engendrement des économies d'échelle non négligeable pour les pays aux conditions économiques précaires, car réussir la régulation du numérique impose une coordination régionale pour prendre en charge l'ensemble des risques d'enchevêtrement¹⁶⁸, d'où l'intelligence d'anticiper sur une stratégie africaine de l'encadrement de l'économie numérique.

Ramenée dans un contexte économique national nouveau, s'impose une régulation suivant les urgences d'intervention. C'est ainsi que la transition de l'analogie au numérique est prise comme repère pour définir les jalons sur lesquels le Sénégal doit se baser pour réguler l'économie convergente de la transition du numérique.

Toutefois, elle présente des enjeux divers visant principalement le renforcement de l'identité nationale passant par la production de contenus locaux, la valorisation des droits d'auteurs et un meilleur développement des relations entre public et privé et entre privé et particulier à travers les services proposés. S'ajoutent à ces défis d'ordre socioculturel et économique ceux d'ordres réglementaires et institutionnels qui méritent d'être repensés afin de s'accommoder à l'évolution.

Une approche à double variation qui pour certains théoriciens du droit n'est pas nécessaire compte tenu de la flexibilité du droit de la régulation sectorielle, des mutations enregistrées

¹⁶⁸ *Id.*

sur le droit¹⁶⁹ et les mécanismes de réglementations¹⁷⁰. Tandis que pour d'autres elle reste assez fondée pour atteindre l'efficacité juridique escomptée pour réguler l'économie numérique en général, malgré les risques de capture des lobbyistes. Cependant, pour arriver à trancher de façon objective cette problématique sous-entendue, il faut analyser les rationalités logiques changeantes. Au Sénégal, les raisons d'être de la régulation sont appréciées dépendamment de l'évolution du secteur à réguler. Elle change lors de la transition d'un contexte à un autre, l'unique constante relevée depuis celle de la privatisation est la quête de l'accroissement de l'économie. Alors s'ajoutent à cette dernière celles relatives à l'administratif et au juridique depuis la libéralisation des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel.

S'agissant de l'administratif, l'inefficacité de la régulation sectorielle, l'absence de collaboration des agences de régulation des secteurs désormais convergents et l'absence d'un cadre unique de régulation dans un contexte où il est de plus en plus difficile de rattacher une activité à un secteur déterminé, constitue une des raisons d'être changeant de la régulation. Découle de cette situation d'inadaptabilité, la fin des frontières sectorielles des mutations sur les méthodes d'élaboration des normes au Sénégal incluant l'ensemble des acteurs. Cette innovation juridique est pourtant conforme à l'orientation d'une politique

¹⁶⁹ Après la libéralisation, la régulation du secteur des télécommunications et de l'audiovisuel a connu des mutations normatives profondes au niveau interne et législatif. Elles remplacent les mutations justifiant les normes pré existantes pour s'adapter à des intérêts économiques avec le développement de la concurrence et l'harmonisation de l'économie de marché. Cette approche de dérégulation et de mutation normative s'étend jusqu'au niveau de règlement des différends avec l'adoption de nouveaux mécanismes dont la médiation. Des mutations qui impactent notamment les techniques de réglementation et occasionnent l'intégration de nouvelles rationalités rendant caduque celles retenues pour la régulation sectorielle. C.-T. LAURENT, préc., note 19, p. 289.

¹⁷⁰ B. S. DIOP, préc., note 11, pp. 296-300.

participative associée à la démocratie participative qui privilégie deux principes étroitement liés que sont la légitimité et l'efficacité.

Ainsi, c'est à travers ces multiples évolutions que le Sénégal s'est lancé pour réguler l'économie numérique. Une procédure débutée depuis quelques années qui tarde toujours à s'accommoder pour définir une stratégie sénégalaise de régulation après quatre tentatives ratées. Cependant, dans une logique de contribuer à l'élaboration d'une telle stratégie, ce travail de recherche servirait de repère pour prendre en charge la question de la convergence des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel déjà en expansion avec la transition du numérique. Nous allons cependant sur la base de l'architecture de régulation établie, pour accompagner son passage au numérique, proposer un cadre juridique propice à la régulation de l'économie numérique sénégalaise sur la base des référentiels internationaux adaptés au contexte évolutif du marché de la convergence.

Chapitre I : Les enjeux fondamentaux de la régulation du passage de l'analogie au numérique.

Réussir le passage au tout numérique impose un haut niveau d'encadrement et une forte implication des acteurs pour redéfinir les enjeux de la régulation. Des enjeux réglementaires et organisationnels obligeant l'analyse des actions du gouvernement et des acteurs qui la composent. Le gouvernement est passé par l'élaboration des politiques publiques pour définir une stratégie de passage au numérique fondée sur le partage de compétence mettant en relation tous les acteurs sans négliger l'encadrement juridique. Une orientation en conformité avec les recommandations de l'IUT qui dispose que l'État doit piloter et superviser les dispositifs institutionnels et de direction afin de garantir les

réalisations des objectifs de sa politique et de mieux envisager l'avenir de la législation en matière de radiodiffusion publique¹⁷¹.

Section I : Le passage de l'analogie au numérique le cas du Sénégal

Au Sénégal, la mise en œuvre opérationnelle de la transition est pilotée par la Commission nationale de la transition de l'analogie au numérique (CNN) créée par arrêté du premier ministre n° 07593 en date du 26 août 2010¹⁷². Elle est placée sous l'autorité du ministre de la Communication qui assure la présidence et le CNRA qui assure la vice-présidence. Une institutionnalisation évolutive marquée par la mise en place d'un comité de pilotage de la transition au numérique chargé d'assurer en collaboration avec le CNRA et l'ARTP la mise en œuvre opérationnelle de la transition et de guider les choix du Sénégal sur la norme de diffusion et de l'opérateur technique qui constitue les principaux enjeux de la régulation hormis ceux liés à la réglementation. Une orientation organisationnelle qui a assuré en amont les choix de la norme de diffusion et continue d'assurer en aval les orientations et les mesures idoines pour faire de la transition au tout numérique un succès sans restriction sociale vis à vis des citoyens.

En effet, c'est suivant cette architecture que le Sénégal est passé en juin 2015 à la diffusion « *simulcast* » en attendant un passage au tout numérique prévue dans les années à venir. Une transition toutefois loin d'être la meilleure sur le plan institutionnel et réglementaire.

¹⁷¹ PLUM CONSULTING ET FARNCOMBE, Recommandation pratique pour le passage de l'analogie au numérique., London, 2013, en ligne : <http://www.gsma.com/spectrum/wp-content/uploads/2013/02/DSO_Guide_online_FRENCH.pdf>, (consulté le 28 Juin 2015).

¹⁷² ASSOCIATION POUR LE PROGRÈS DES COMMUNICATIONS POUR OPEN SOCIETY INSTITUTE, *Migration vers la radiodiffusion numérique en Afrique de l'ouest Cas du Sénégal*, Association pour le progrès des communications pour Open Society Institute, 2011, en ligne : <file:///C:/Users/Amadou/Desktop/memoire%20recherche/recherche%20pour%20deuxieme%20partie/DigitalMigration_Senegal_FR.pdf> (consulté le 7 septembre 2016).

Des limites majeures sont notées tant sur le plan des mesures d'accompagnement que sur la concurrence avec le choix de « *excaf télécom* » comme opérateur technique alors qu'il est diffuseur privé. Un choix qui a longuement constitué un enjeu au Sénégal où nombreux théoriciens du droit et économistes se sont opposés sur le fait de privilégier un opérateur public ou privé. Un débat fort intéressant qui mérite d'être reprécisé suivant les orientations de l'IUT. Ainsi, nous tenterons dans le cadre de ce travail de recherche d'analyser le choix de la norme, de la diffusion, et son niveau d'évolution depuis juin 2015, à assurer la couverture nationale qui risque avec la proximité des frontières de poser des risques d'interférences. Une situation future qui mérite d'être prise en charge par anticipation dans le cadre de la stratégie sénégalaise du numérique. Ensuite, nous analyserons les risques potentiels de position dominante ou de monopole dans la diffusion du numérique avec le choix porté sur *excaf télécom*.

Paragraphe 1 : Le choix de la norme de diffusion

Après l'attribution des allotissements¹⁷³ exprimés lors du sommet CRR-06, le Sénégal se devait de choisir la norme de diffusion et de compression du signal numérique pour accompagner la période de transition. Un choix purement technique reposant sur 4 systèmes de télévision numérique développés appliquant les normes MPEG2 et 4 pour la compression et MPEG-2 TS pour le transport¹⁷⁴. Des systèmes techniquement efficaces, mais distincts du point de la couche de diffusion RF ou physique utilisés pour déterminer le type de modulation et le mode d'émission en radiofréquence. Sur la base des normes

¹⁷³ Décret n° 2003-64 du 17 Février 2003 relatif aux fréquences et bandes de fréquences radioélectriques, aux appareils radioélectriques et aux opérateurs de ces équipements, J.O. 17 Février 2003, P.1, art. 2.

¹⁷⁴ B. S. DIOP, préc., note 11, pp.365-373.

technique, le choix de la norme de diffusion a été fait par l'État sur proposition de l'autorité de régulation des télécommunications comme constatée en France. Ceci souligne le rôle essentiel du régulateur dans toute la procédure visant le succès de la transition tant sur le plan réglementaire (avec le choix des technologies, des normes, de l'attribution des licences et de la gestion efficiente des fréquences numériques) que sur plan social pour assurer son accessibilité et son élargissement sur tout le territoire.

Ainsi la norme DVB-T¹⁷⁵ correspondante à la norme européenne a été choisie au profit de la norme chinoise DMB¹⁷⁶ par le Sénégal. Un choix fortement critiqué par certains acteurs qui ont jugé que les fondements de transparences liés au choix ont été biaisés, car les autorités se sont basées uniquement sur les relations de proximité juridique et technico-économique avec l'Europe pour faire ce choix. Une position contraire aux recommandations de l'IUT indiquant d'abord qu'un soutien technique spécialisé est nécessaire pour évaluer les normes et méthodes de transmission TNT¹⁷⁷ ainsi que le regroupement des principaux facteurs de décisions¹⁷⁸. Après ce choix de norme de diffusion, le Sénégal est passé au choix de l'opérateur technique de multiplexage chargé de numériser le contenu après l'édition de programme. Nous allons ainsi analyser le choix de partenariat public/privé pour la diffusion du numérique, mais également les éventuels risques sur la concurrence.

¹⁷⁵ L. B.-D. ÈVE- et J.-B. GRAMUNT, préc., note 159, p.15.

¹⁷⁶ Digital Mobile Broadcasting.

¹⁷⁷ L. B.-D. ÈVE- et J.-B. GRAMUNT, préc., note 159, p.18.

¹⁷⁸ Les principaux facteurs de décision de la norme sont : l'ancienneté de la norme (qui a une incidence sur les prix des décodeurs), le risque de créer une classe héritée de décodeurs et l'efficacité d'utilisation du spectre.

Paragraphe 2 : Le choix du diffuseur unique et risque sur la concurrence

La chaîne de valeur de la radiodiffusion est composée de 4 facteurs que sont : la production, le multiplexage¹⁷⁹, la diffusion et la réception. Une mutation occasionnant la numérisation des contenus numériques désormais multiplexée pour optimiser les ressources et les diffuser sur une même fréquence. Le multiplexage permet la réception d'un groupe de plusieurs chaînes qui partagent une même source diffusée par un opérateur technique dit « *opérateur multiplex* » qui assure la numérisation de signal et la distribution des chaînes une fois la norme de diffusion retenue¹⁸⁰. Il représente cependant le dernier choix à faire par les autorités avant de se projeter dans les enjeux d'ordre réglementaires visant à organiser la transition au numérique.

Dans une phase pilote, l'opérateur public RTS était proposé comme opérateur de multiplexage moyennant des exigences de surveillances de la part de l'État pour éviter tout risque de position dominante¹⁸¹. Ce choix de confier la mission à un opérateur public fut évité compte tenu de la lourdeur d'encadrement et de séparation des comptes que cela allé exiger avec un choix de relation publique/privé.¹⁸² Un choix qui vient remettre à plat le système de diffusion public qui sépare, au sein de la chaîne publique (RTS), les activités

¹⁷⁹ Le multiplexage est l'opération qui consiste à mélanger dans un même canal plusieurs programmes et services auxiliaires en vue de leur transmission pour la diffusion. Le multiplexe peut supporter au minimum trois chaînes de télévision là où le modèle analogique ne peut en supporter qu'une seule. Dans un canal de 8 MHz en fonction des normes de compression et de diffusion choisie. Géraud-Constant AHOKPOSSI et Édouard WALLACE, *Guide pour la migration des médias au numérique à l'horizon 2015*, Bénin - Cotonou, Open Society Initiative for West Africa (OSIWA), 2013, en ligne : <[http://upmb.org/doc/Guide%20digital%202015%20\[UPMB%20OSIWA\].pdf](http://upmb.org/doc/Guide%20digital%202015%20[UPMB%20OSIWA].pdf)> (consulté le 22 Aout 2015).

¹⁸⁰ B. S. DIOP, préc., note 11.

¹⁸¹ B. S. DIOP, préc., note 11, p.381.

¹⁸² L. B.-D. ÈVE- et J.-B. GRAMUNT, préc., note 159, p.21.

de diffusion des activités d'éditions¹⁸³. L'option d'une diffusion mixte a tout de même été évitée non pas pour son caractère inefficace, mais pour des raisons économiques¹⁸⁴ constituant aussi les fondements du rejet d'opérateur privé où chaque éditeur est propriétaire de sa station émettrice.¹⁸⁵

Ainsi, « *Excaf Télécom* » a été choisi, suite à un appel à candidatures, comme opérateur multiplex pour le Sénégal et est juridiquement un distributeur de service. À ce titre, il est soumis au contrôle de l'ARTP qui a compétence à veiller au caractère objectif, équitable et non discriminatoire des relations contractuelles qu'il entretient avec les éditeurs autorisés sur la ressource qu'il a pour mission de gérer afin d'éviter le déséquilibre concurrentiel.

Un risque difficile à apprécier compte tenu des conditions contractuelles liant l'État du Sénégal à *excaf télécom*, mais également du favoritisme enregistré avec la cessation de 2 fréquences sur les 4 disponibles pour une exploitation et une commercialisation gratuite des chaînes privées. Une situation qui nécessite un encadrement juridique afin d'annihiler les pratiques anticoncurrentielles par un contrôle *ex ante* et *ex post* opéré respectivement par l'ARTP et l'Autorité indépendante de la Concurrence¹⁸⁶. Il doit également être pris en

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ Un système mixte peut être envisagé : les chaînes publiques disposent d'un multiplex qu'elles utilisent en faisant évoluer leur diffusion analogique vers le numérique, et les chaînes privées disposent de leur propre réseau. C'est le cas en Colombie où il existe deux réseaux de diffusion, l'un public et l'autre privé. Le principal défaut de cette organisation est de doubler l'investissement et les coûts, ce qui peut être un obstacle important au développement de la télévision numérique dans le pays et à la lutte contre la fracture numérique. L. B.-D. ÈVE- et J.-B. GRAMUNT, préc., note 159, p.20.

¹⁸⁵ Ce choix d'opérateur privé est l'option choisie par le Canada. Chaque éditeur est propriétaire de sa station émettrice et chaque chaîne de télévision gère la ressource qui lui est affectée et gère le rôle d'opérateur de multiplexe.

¹⁸⁶ En France, l'autorité de la concurrence assure cette mission *ex post*. Elle impose à la société TDF opérateur puissant sur le marché des obligations d'accès à son site de diffusion ainsi qu'un encadrement tarifaire des prestations de gros qu'il commercialise auprès de ses concurrents. Silicani J.L., *décision n°2012-1137 portant sur la définition du marché pertinent de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence*, (2012), J.O.R.F n°0272 du 22 novembre 2012, en ligne :

compte l'effet de l'intégration verticale des entreprises qui leur donne un potentiel de contrôle sur leur plateforme tout en empêchant l'accès aux concurrents moyennant des normes techniques exclusives¹⁸⁷. Par exemple, « l'abonné qui a recours au système technique d'un certain fournisseur est susceptible de ne pas pouvoir recevoir les programmes et services d'un autre fournisseur, du fait que l'offre de programme est spécifiquement définie et verrouillée dans le contrat d'abonnement »¹⁸⁸. Une pareille situation impose la mise en place d'un important dispositif de contrôle de la concurrence afin d'éviter tout abus.

Outre les choix technologiques et institutionnels, l'État doit continuer à accompagner le processus de la transition pour garantir la couverture nationale¹⁸⁹. Il doit soutenir le programme de remplacement des équipements des foyers par des récepteurs adaptés¹⁹⁰.

Section II : Les Enjeux juridiques liés à la régulation de la transition au numérique.

Pour pallier à la rareté des fréquences et rationaliser les besoins en fréquences, le Sénégal s'est focalisé sur la transition au numérique. Une transition qui facilite l'optimisation des ressources en fréquences autorisées par l'état, mais également qui occasionne une libération en masse des fréquences en or appelé dividende numérique. Une innovation qui

<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000026660797>> (consulté le 9 janvier 2015).

¹⁸⁷ P. TRUDEL, préc., note 137, p.120.

¹⁸⁸ Yochai BENKLER, « From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access », (1999) 52 *Fed. Law Commun*, 561.

¹⁸⁹ Les chaînes de la TNT gratuites doivent être reçues par tous. Dans les zones où la réception par une antenne râteau n'est pas assurée ou n'est pas possible, le réseau satellite doit prendre le relais. Ce mode de couverture complémentaire peut être rendu obligatoire, notamment si le territoire n'est pas totalement couvert. Il est nécessaire de prévoir une offre conditionnée, ni à la location d'un terminal de réception, ni à la souscription d'un abonnement.

¹⁹⁰ Pour qu'un pays parvienne à faire du numérique un succès il faut que les récepteurs soient adaptés à la nouvelle norme technique

vient réduire les couts d'exploitations des réseaux, offrir des services audiovisuels et télécoms de qualité et combler le manque à gagner des États avec les limites d'autorisations d'exploitations des ressources (fréquence, télécommunications et audiovisuel). Cette dernière constitue un enjeu juridique important pour assurer le plein succès de la transition en cours depuis juin 2015, mais ne dispose d'aucun cadre légal pour assurer son suivi. Un retard juridique criard qui mérite d'être comblé par des mesures réglementaires en attendant la mise en place d'un schéma national de réutilisation des fréquences et d'une loi sénégalaise d'encadrement de l'économie numérique. Cependant, pour tenter de combler ce vide juridique nous choisissons d'analyser d'abord les mécanismes d'encadrement nécessaire pour une jouissance efficiente du dividende numérique. Ensuite, nous aborderons les questions juridiques relatives à l'attribution des fréquences TNT tout en évaluant les limites juridiques posées concernant les fréquences analogiques déjà attribuées.

Paragraphe 1 : La gestion des fréquences du dividende numérique et obstacles juridiques

Le terme « *dividende numérique* » est défini comme étant la quantité de spectres dans les bandes d'ondes métriques et décimétriques disponibles au-delà des fréquences affectées aux programmes analogiques existants et qui pourraient donc se libérer avec le passage de la télévision analogique à la télévision numérique¹⁹¹. Un basculement générant une valeur importante de ressource hertziennne qui impose l'intervention de l'État pour assurer la répartition optimale du dividende numérique par des arbitrages politiques suivant un cadre

¹⁹¹ Alexandre KHOLOD et John LEWIS, « Le dividende numérique : Possibilités et défis », *Nouv. IUT* 2015, en ligne : <<https://www.itu.int/net/itunews/issues/2010/01/27-fr.aspx>> (consulté le 29 Juillet 2015).

d'harmonisation internationale ou régionale.¹⁹² Une réattribution faite généralement entre les services de télévision et des télécommunications suivant un schéma national de réutilisation des fréquences libérées. Conformément à l'article 2 de la loi du 05 mars 2007 qui stipule que :

*« Ce schéma vise à favoriser la diversification de l'offre de service, à améliorer sur le territoire la couverture numérique et l'égalité d'accès aux réseaux de communications électroniques et à développer l'efficacité des liaisons hertziennes des services publics et la gestion optimale du domaine public hertzien »*¹⁹³

Contrairement au choix canadien et français où la priorité était donnée respectivement aux télécommunications et à l'audiovisuel, le Sénégal prévoit une réutilisation du dividende réparti entre les deux, même si la tendance prévoit que la majorité des fréquences libérées seront affectées au domaine de l'audiovisuel. Un choix politique ambitieux qui nécessite des mécanismes d'encadrement organisationnel et réglementaire pour assurer son plein succès. Cependant, le modèle français pourrait servir de repère pour définir sur le plan réglementaire une loi sur la transition de la télévision analogique au numérique.¹⁹⁴ Ainsi, une fois le cadre légal bien défini, il faudra s'intéresser au cadre institutionnel chargé d'encadrer la répartition et l'attribution des licences d'exploitation. C'est suivant cette logique d'encadrement institutionnel qu'il est préconisé la mise en place d'un comité

¹⁹² FRANÇOIS DAVID et JEAN-EMMANUEL CASALTA, « Le déploiement des réseaux hertziens numériques et le passage au tout numérique : Kit juridique des pays francophones », 2012, Organisation Internationale de la Francophonie, p.7, en ligne : http://www.francophonie.org/IMG/pdf/kit_juridique_version_consolid._hors_textes1.pdf (consulté le 04 Juin 2015).

¹⁹³ LOI n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur (1), J.O du mars 2007, p. 4347, art.2.

¹⁹⁴ B. S. DIOP, préc., note 11, pp.383-385.

composé de l'ARTP, du CNRA et du ministère chargé des télécommunications et de l'économie numérique pour définir les conditions de signature des conventions de concession et d'extension des licences des opérateurs de télécommunication à l'activité de multiplex TMP.¹⁹⁵ Une activité qui constitue du point de vue juridique, un obstacle majeur dans le déploiement du numérique. Le Sénégal a toutefois toutes les chances pour réussir la mise en place d'un régime juridique capable de prendre en compte toutes ces évolutions notées dans la production de contenu associées à la diffusion HD TNT et développer une approche favorable pour une bonne utilisation du dividende numérique; par exemple en mettant en place une approche unifiée du spectre¹⁹⁶ où une seule entité est chargée d'attribuer des licences et d'assurer la répartition du dividende. Une vision qui pour le moment est perçue comme une limite à une future gestion du dividende numérique.

Outre les obstacles liés à l'attribution des licences adaptées au contexte du numérique, s'ajoute l'absence de texte national spécifique sur le dividende et l'absence de mesures réglementaires visant les autorisations d'exploitation de fréquences analogiques déjà autorisées dont avec le *simulcast* continue d'être utilisé en attendant le passage au tout numérique. Ainsi, les fréquences déjà autorisées peuvent constituer un obstacle déterminant à la politique de réutilisation du dividende qui doit prendre en compte le respect des principes de l'application de la loi dans le temps et des droits acquis. Cependant, l'article 20 du décret 2003-64 sur les fréquences nous offre une solution non législative et à court terme pour contourner partiellement cet obstacle juridique de la transition lié à l'autorisation. Une situation de contournement logiquement imposé par un pouvoir de

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ *CABINET ANALYSYS CONSULTING et CABINET HOGAN & HARTSON, Étude sur la valorisation du dividende numérique, Paris, Autorité de Régulation des Communications Électroniques, 2008, p.16.*

contournement dont jouit l'ARTP pour imposer aux opérateurs une modification des autorisations déjà assignées. Une situation certes légitime, mais qui ne constitue pas la meilleure, car elle ne prend nullement en charge la question des régimes juridiques qui ne sont plus adaptés à une activité spécifique de télécommunication ou de radio-télédiffusion, car la tendance est plus axée sur les régimes d'autorisations multiservices. Ainsi, nous verrons dans la prochaine partie, les conditions juridiques applicables à l'attribution des fréquences visant les procédures et les régimes applicables. Puis, nous aborderons dans le chapitre suivant les grandes orientations pour un modèle normatif capable de prendre en charge la diversité de service passant par un support unique.

Paragraphe 2 : Procédures d'autorisation et régime juridique applicable à l'exploitation des fréquences hertziennes terrestre.

L'allotissement des fréquences des télécommunications et de l'audiovisuel était confié aux acteurs monopolistiques des secteurs. Avec la libéralisation marquant la première transition, le Sénégal a tenté de s'adapter sur le plan organisationnel et juridique en promulguant des lois pour organiser les secteurs. Un cadre organisationnel et juridique qui ne cesse d'évoluer dans un contexte de raréfaction des spectres considérés comme ressource commune exigeant une gestion optimale de la part des États pour en assurer son plein succès même si elle n'était pas considérée comme un bien marchand, mais comme un bien collectif ¹⁹⁷. C'est une perception non économique obsolète, remplacée par des

¹⁹⁷ Carl Menger, un des chefs de file de l'école marginaliste, distingue les *biens économiques* qui sont cessibles des *biens libres* qui ne peuvent pas faire l'objet d'une appropriation privée. C'est le cas de l'air et de l'eau. Ces biens libres non susceptibles d'appropriation privée sont similaires aux ressources dites communes comme les orbites et les fréquences. Actuellement, autant l'eau que les fréquences sont devenues cessibles et aliénables. L'État a joué un rôle important dans ce processus de marchandisation des ressources communes, naturelles, rares ou *libres*.

procédures visant plus l'optimisation des ressources disponibles et son stockage tout en plaçant l'état au cœur de l'allotissement des fréquences. Cette option préconisée par Herzel¹⁹⁸ correspond à celle choisie par le Sénégal qui attribue des licences d'exploitation des ressources communes sur une durée déterminée moyennant une procédure établie¹⁹⁹. Une délimitation pertinente qui pourrait également être reprise pour la gestion du dividende. Elle constitue cependant une question à préciser dans la loi sur le passage au numérique parmi tant d'autres relatives aux régimes de la licence que nous verrons dans les paragraphes suivants.

Ainsi, avec les fréquences hertziennes terrestres et le dividende numérique des évolutions majeures visant les principes d'attributions des licences, leur durée d'attribution et leur étendue sur l'activité, selon les raisons d'attributions, vont aussi évoluer marquant une transition nouvelle de la gestion des fréquences. En effet, pour mieux apprécier ces évolutions qui doivent accompagner le passage au tout numérique, nous allons d'abord voir les procédures actuelles d'allotissement des fréquences accordées sous forme de licence par l'État sur la présentation de l'ARTP. Ensuite sans rentrer dans un cercle d'analyse des rapports inter structurel (ministères et autorités de régulation) nous allons focaliser notre analyse sur la pertinence d'un régime multiservice à la place d'un régime de licence spécifique ou sectoriel et d'un régime unifié conforme aux normes internationales.

¹⁹⁸ Leo HERZEL, « "Public Interest" and the Market in Color Television Regulation », (1951) 18-10 *uclrev* 802-816.

¹⁹⁹ Cette option préconisée est contraire à celle de Coase. Roland qui elle réclame d'éloigner l'État de toute la procédure d'allotissement des ressources et de ne pas limiter les durées d'exploitation c'est-à-dire les céder de manière définitive. Ronald. H COASE, « The Fédéral Communication Commission », (1959) II *J.L.E.*, en ligne : <http://www.jstor.org/stable/724927?seq=1#page_scan_tab_contents> (consulté le 22 Mai 2016).

Selon l'article 44 de la constitution de l'IUT, des mécanismes juridiques sont mis en place pour encadrer la réparation des fréquences. Ainsi, trois règles principales marquent les procédures d'attributions des licences.

- La règle du « *premier arrivé premier servi* » est une règle d'autorisation générale marquée par une rareté de candidat. Ces autorisations fixent les conditions techniques pour des systèmes spécifiques émettant généralement à faible puissance et disposant d'une portée réduite. Cette procédure d'attribution de fréquence ne peut être applicable que dans les situations de lancements urgents de la TNT où les demandeurs ne sont pas nombreux, mais que l'État doit répondre aux attentes du public.²⁰⁰
- La procédure « *d'appel à candidatures* » connaît une dimension individuelle basée sur une procédure de sélection. Comme pour l'analogique, elle repose sur un ensemble de critères défini par les autorités responsables de la gestion des fréquences. À l'heure de la TNT, les critères d'évaluation passent d'un ordre administratif vers un ordre législatif. Une législation qui définit les normes de spécifiés tenant en compte celles de la TNT caractérisée par un regroupement des candidats sur un multiplexe, et tous services permettant de favoriser son développement. Dans ce cadre, la loi précisera également les différentes interactions entre les institutions en vue d'une bonne coordination de la régulation du secteur. L'examen de différentes candidatures présente une situation de concurrence ce qui constitue la norme au cas où le réseau hertzien serait

²⁰⁰ Cette procédure de certification se délivre suivant deux étapes : Premièrement, par le gouvernement suivant la conformité du service et des infrastructures, ensuite par l'autorité en charge de la régulation

prépondérant dans la réception de la télévision et que la demande serait assez importante pour une diffusion en TNT²⁰¹.

- « *L'adjudication aux enchères* » est le cas le plus fréquemment rencontré. Elle répond à une demande de fréquences des utilisations en assignant ou allotissant des fréquences dans les bandes planifiées suivant la règle du candidat le plus offrant dès lors que l'utilisation de la ressource hertzienne entraîne le paiement d'une redevance qui peut être annualisée et basée sur le chiffre d'affaires du concessionnaire²⁰²

Cependant, dans l'optique d'un choix impartial, la combinaison des deux premiers types d'autorisations peut être envisagée, car elle contribuerait naturellement à rendre le choix des opérateurs plus objectif et transparent²⁰³. En outre, une durée déterminée d'exploitation doit être incluse dépendamment de la durée d'amortissement des investissements dans le lancement de la TNT²⁰⁴. Du côté institutionnel, le choix du Sénégal porté sur le maintien d'une seule entité pour l'attribution des fréquences doit être fortement encouragé, car il permettrait d'échapper aux risques d'enchevêtrement institutionnel, mais également de définir facilement les procédures d'attributions adéquates. Outre les réaménagements institutionnels, les régimes juridiques d'autorisations pour définir les conditions d'accès

²⁰¹ La durée d'exploitation de l'autorisation de la TNT est de 10 ans en France, 9 ans en Belgique, 7 ans au Canada. FRANÇOIS DAVID et JEAN-EMMANUEL CASALTA, préc., note 191.

²⁰² AGENCE FRANÇAISE DE COOPÉRATION MÉDIA et ADETEF, *guide pratique pour le passage au numérique*, en ligne : <<http://docplayer.fr/14648539-Guide-pratique-passage-au-numerique.html>> (consulté le 6 août 2016).

²⁰³ Compte tenu des relations verticales déjà noté entre autorité et entreprises audiovisuelle, la législation en vue sur la TNT doit permettre d'éviter l'établissement de telle opération tel qu'enseigné par le professeur Abdoulaye Sakho. D'abord, S'y échapper contribuerait à réduire les risques de capture. Il poursuit dans son ouvrage *les groupes de sociétés en Afrique : Droit, pouvoir et dépendance économique* que la concentration est une source de pouvoir. Compte tenu de la sensibilité et du rôle de la télévision dans l'efficacité du droit d'accès à l'information, il est risqué d'accepter une concentration verticale dans un environnement numérique.

²⁰⁴ FRANÇOIS DAVID et JEAN-EMMANUEL CASALTA, préc., note 18, p.13.

doivent également être améliorés compte tenu de la complexité du marché des services sénégalais qui exige la détention de licences pour chaque type d'activité²⁰⁵. Une démarche ex ante sectorielle qui avec le numérique exige une facilité des procédures avec l'adoption de nouveaux régimes d'accès. Ainsi, trois modèles de licences sont ainsi proposés : les modèles de la licence spécifique²⁰⁶ à un service, la licence unifiée²⁰⁷ et la licence globale ou multiservice²⁰⁸. Suivant la tendance récente sur les licences, le régime multiservice et neutre prend le devant. La pratique qui consiste à attribuer des licences individuelles détaillées aux fournisseurs de service de télécommunication, audiovisuel ou TIC de manière générale est progressivement remplacée par la délivrance d'autorisation à caractère général.

Cette nette amélioration des régimes juridiques dans les pays développés est issue du plan stratégique de prise en charge de l'évolution des TIC et de la convergence. Elle s'inscrit également dans la politique de stabilisation des marchés et de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Cette orientation vers les régimes d'autorisations globales ou

²⁰⁵ Les régimes d'autorisations pour définir les conditions d'accès que sont la licence, l'autorisation et la déclaration semblent être caducs si l'on se réfère à l'harmonisation européenne concernant les régimes d'autorisations et la complexité du marché des services sénégalais en pleine expansion.

²⁰⁶ Elle permet au titulaire de fournir un type spécifique de service. Elle est parfois délivrée comme licences individuelles ou générales dépendamment de la taille de l'économie de marché du pays concerné notamment de l'état d'évolution des mutations juridiques comme techniques.

²⁰⁷ Elle permet aux titulaires de fournir tout l'éventail des services au titre d'une autorisation unique en utilisant tout type de technologie ou d'infrastructure de communication capable de fournir les services souhaités. Dans la plupart des pays, les autorisations unifiées sont délivrées sous forme de licences individuelles. Dans certains pays, toutefois, l'octroi de ces autorisations emprunte certains éléments au régime des autorisations générales et à la procédure concurrentielle d'octroi de licences. Il en résulte une procédure hybride pouvant être qualifiée de procédure d'octroi de licences individuelles non concurrentielles : les requérants n'ont pas à entrer en concurrence pour un nombre limité d'autorisations, mais doivent remplir un certain nombre de critères pour avoir droit à une licence et leurs demandes seront soumises à une surveillance réglementaire rigoureuse.

²⁰⁸ La licence multiservice est choisie pour mieux présenter les changements de régimes juridiques à envisager avec la convergence. Vous trouverez plus de détails dans notre travail, mais également dans le module 3 du kit d'aide sur la réglementation des TIC : Autorisations des services de télécommunication.

multiservices permet aux titulaires de fournir des services différents et tous services souhaités au titre d'une autorisation unique en utilisant la technologie ou l'infrastructure de communication de choix.²⁰⁹.

En outre, les autorisations multiservices sont parfois délivrées sous la forme d'autorisations générales et, dans d'autres cas, sous la forme de licences individuelles. Il n'est toutefois pas rare dans certains pays que des autorisations multiservices soient régies à la fois par les régimes d'autorisations générales et par les régimes de licences individuelles.

Ainsi, les autorisations individuelles multiservices sont souvent délivrées sur la base d'une procédure d'octroi de licences individuelles non concurrentielle. Un régime d'autorisation multiservice pourra ainsi inclure des autorisations pour les opérateurs de réseaux, les services publics de télécommunications et les services à valeur ajoutée. En effet, chacune de ces approches trouve sa particularité par rapport à la taille du marché à réguler et au niveau de la concurrence. Cette affirmation constitue le principe, mais à la vitesse de la diversité des services développés avec la convergence s'impose le choix d'un modèle approprié et d'une surveillance réglementaire rigoureuse surtout dans les pays dont l'économie est en développement ou en transition. Cependant, la transition vers un tel régime mérite une certaine marge de relativisation basée sur la maturité du marché.

²⁰⁹ Les régimes d'autorisations multiservices et unifiées favorisent le déploiement efficace de nouveaux services et de nouvelles technologies et apportent la flexibilité nécessaire au développement des réseaux de la prochaine génération. Union International des Télécommunications, Autorisation des services de télécommunication ; kit d'aide sur la réglementation des TIC, juillet 2009, en ligne : <file:///C:/Users/Amadou/Downloads/Toolkit_Module3_full_F%20(1).pdf> (consulté le 15 septembre 2015).

Le choix de transition vers un tel régime n'est pas une urgence pour les pays en développement, car les régimes de licences sont toujours adaptés aux marchés régulés²¹⁰. En attendant, une politique d'harmonisation communautaire, un plan national pourrait être envisagé avec les acteurs du secteur afin de répondre aux urgences qui découlent de la convergence. Par exemple, nous pouvons citer, le *mobile Banking* où l'opérateur de télécommunication joue un rôle de substitution au lieu de complémentarité avec les institutions financières. Dans ce cas-ci, attribuer un régime juridique multiservice trouve toute sa légitimité. Mais la question majeure qui peut y surgir est celle de la validité de ce régime par rapport aux activités bancaires qui font l'objet d'une régulation particulière avec un régime juridique reposant sur des conditions différentes exigées dans le domaine des TIC. Cette situation confuse justifie la nécessité de repenser le régime juridique des télécommunications à l'heure de la convergence. Nous allons cependant voir sous forme de recommandations, quels modèles de régulation doivent être adoptés au niveau institutionnel et normatif pour réguler la convergence des télécommunications et de l'audiovisuel.

Chapitre II : Recommandations portant sur l'amélioration du cadre juridique de la régulation de la convergence.

Dans un contexte de convergence, les principes²¹¹ qui régissent l'activité de régulation restent intacts et répartis entre la régulation basée sur les intérêts privés et sur l'intérêt

²¹⁰ De nombreux régulateurs et décideurs des pays en développement et en transition utilisent ainsi toujours des autorisations individuelles ou imposent des modalités et conditions détaillées aux titulaires de licences si un régime d'autorisations générales a été adopté. *Id*

²¹¹ Un nombre de 9 principes est développé pour garantir les intérêts des particuliers, assoir les bases de la concurrence et assurer l'intérêt général. Suivant une répartition basée sur les intérêts à sauvegarder et sur la jurisprudence française pour ce qui est de l'appréciation du service public qui correspond à l'intérêt général nous sommes parvenus à la catégorisation suivante. :

général²¹². La standardisation des principes demeure réelle, mais le cadre juridique doit quant à lui évoluer pour être en conformité avec l'évolution du numérique. Cette stratégie d'amélioration vise à adopter l'environnement juridique de la régulation à l'évolution des technologies. Cependant, pour étudier l'amélioration du cadre juridique, qui à notre avis permettra de prendre en charge la convergence, nous allons nous focaliser d'abord sur le plan institutionnel et normatif (section I) avant de formuler des recommandations pour un cadre juridique indépendant et impartial (Section II).

Section I : Recommandations pour un cadre normatif et institutionnel adapté à la convergence

L'industrie du marché de la communication est frappée par une crise de contrôle selon les théoriciens en communication et les experts en réglementation. La disparition des frontières entre certains services des technologies rend les réglementations généralement caduques ou futiles ce qui impose une grande résilience des décideurs²¹³ pour y apporter des réponses plus adaptées au contexte de la convergence²¹⁴. Ainsi, pour y arriver, il faut

-
- 6 principes de base visant les intérêts privés : le principe du traitement équitable, principe d'impartialité, principe de la qualité de service, principe de la neutralité technologique, principe de la transparence et principe d'orientation des tarifs vers le coût.
 - Le principe de la continuité, d'adaptabilité et d'égalité est développé par la jurisprudence française. Ils constituent les 3 principes visant à préserver le service public.

Ainsi, les mêmes principes doivent accompagner la régulation de l'économie numérique au Sénégal. B. S. DIOP, préc., note 11, p.116-130.

²¹² L'approche basée sur des principes est comparée à l'approche normative chaque pays a la liberté d'en choisir à sa discrétion. Elles ne conviennent pas à tous les pays, mais toutes tiennent compte des conditions changeantes des cultures médiatiques convergentes de la durée de vie plus courte des innovations technologiques.

²¹³ Les décideurs doivent relever le défi et faire preuve d'une plus grande résilience en matière de réglementation, et ce, pour créer des structures et des politiques de réglementations qui s'adaptent mieux à la complexité et au rythme accru des innovations technologiques, qui entraînent des changements sur le plan social et économique. Barbara A CHERRY, « Institutional governance for essential industries under complexity: providing resilience within the rule of law », (2008) 17 *Common law Conspectus*. 1-2.

²¹⁴ Le rythme croissant et accéléré des changements dans le domaine des communications électroniques à savoir les télécommunications, la radiotélévision et l'internet rend plus complexe l'élaboration des

passer d'abord au-delà de l'impasse intellectuelle et s'orienter vers une régulation plus efficace suivant un contexte adaptatif et robuste dans un éventail de futur plausible et continu dans un plan de rafistolage²¹⁵.

Pour ce faire, il faut d'abord évaluer les avantages et les limites du cadre actuel, pour ensuite déterminer le type de régulateur capable de répondre à la convergence du droit des télécommunications et de l'audiovisuel. Tout cela, basé sur le contexte juridico-économique du pays, pour ensuite tendre vers une politique d'amélioration du cadre normatif et institutionnel.

Le livre vert de la Commission européenne proposait ainsi trois options réglementaires pour faire face à la convergence des télécommunications et de l'audiovisuel²¹⁶. L'ensemble des pays membres de l'UE ont pris pour repère ce livre vert et les directives de l'UE pour définir leur cadre institutionnel approprié à la régulation de la convergence télécoms et audiovisuel. Ainsi pour ce qui est du Sénégal, nous donnerons notre avis sur comment le cadre normatif et institutionnel doit être défini sans pour autant déterminer notre position. Il sera alors basé exclusivement sur le contexte sociopolitique et économique du pays tout en prenant en considération le cadre communautaire même si pour le moment il existe un vide juridique.

politiques publiques efficaces dotées de résilience. Stanford LEVIN et Stephen SCHMIDT, « Télécommunications after compétition : challenges, institutions, régulation », (2010) 12-2 *info* 28-40.

²¹⁵ CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TELECOMMUNICATIONS DU CANADA, *Analyse des tendances en matière de convergence dans les médias numériques : innovation perturbatrice, possibilité des réglementations et défis*, recherche, Ottawa, Ont. Canada, 2011, p14.

²¹⁶ C.-T. LAURENT, préc., note 19, p.292.

Paragraphe 1 : Le modèle normatif visant la régulation ex ante et ex post.

La stratégie d'amélioration du cadre juridique de la régulation du numérique repose principalement sur la régulation ex ante et la régulation ex post qui permet d'assurer une concurrence saine et loyale afin de garantir au régulateur toute son indépendance.

La régulation ex ante : Établir une norme juridique relative à la régulation ex ante consiste à mettre en place un cadre normatif dans lequel les acteurs doivent évoluer. Cette catégorisation des normes concerne exclusivement la régulation de l'accès et de la dominance. Contrairement à la régulation de la dominance, la régulation de l'accès²¹⁷ apparaît comme « *un appareillage économique utilisé pour construire un secteur et maintenir en son sein des équilibres* »²¹⁸. La régulation doit cependant servir de solution à la complexité de la société contemporaine²¹⁹. Une adaptation qui doit se faire suivant un modèle juridique flexible marqué par la mise en place de normes souples, négociées, et évolutives qui tiennent compte de l'évolution des technologies et de la concurrence²²⁰. Pour le cas du Sénégal, cette flexibilité escomptée passe par un renforcement du pouvoir réglementaire des autorités de régulation et de celui du caractère inclusif du processus

²¹⁷ Selon les dispositions de la directive relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées ainsi qu'à l'interconnexion « l'accès correspond à la mise à disposition de ressources et/ou de services pour la fourniture de communication électronique. Cela concerne l'accès à des réseaux (mobile banking), à des bâtiments, des pylônes et des systèmes de logiciels. Il peut également s'agir d'accès à des services d'accès conditionnels dans le domaine de la télévision numérique. » Jean BAPTISTE, « Audiovisuel et télécoms : Quelle régulation ? », (2006) 61 *Ann. Télécommunications* 787, p.798.

²¹⁸ B. S. DIOP, préc., note 11, p.97.

²¹⁹ Selon le professeur Laurence Boy « cette complexité appelle une adaptation tant des modes d'élaboration que d'application de la règle de droit, complexité marquée notamment par le recul des modes autoritaires et verticaux surtout dans le domaine du droit économique. » Laurence BOY, *Le droit de la concurrence : Régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence*, 2004/9, coll. EUI Working Paper LAW, ITALY, European University Institute, 2004, en ligne : <<http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/2824/law04-9.pdf?sequence=1>> (consulté le 15 septembre 2015).

²²⁰ J. BAPTISTE, préc., note 206, p.798.

d'élaboration des normes. Un processus matérialisé par l'association des acteurs dans les processus d'élaboration des normes et l'ouverture à une consultation publique qui consiste à recueillir l'avis du public dans toute décision essentielle²²¹. Ceci correspond au droit de consultation publique.²²² C'est suivant cette logique que le code de 2011 a été adopté incluant toutes ces évolutions procédurales visant l'élaboration des normes concernant le domaine des télécommunications. Un modèle parfait qui doit, selon nous, être reproduit une fois qu'une loi unique (télécommunication, audiovisuel) sera adoptée. Toutefois, l'amélioration normative s'est élargie tout de même aux régimes visant les conditions d'accès, si on se réfère toujours au secteur des télécommunications. Il est proposé ainsi, trois régimes d'autorisations pour les définir : le régime de la licence, le régime d'autorisation et le régime de la déclaration²²³.

L'application rigide de ces conditions d'accès semble témoigner de son état de caducité surtout si on se réfère à l'harmonisation européenne concernant les régimes d'autorisations et la complexité du marché des services au Sénégal²²⁴.

Toutefois, l'évolution des technologies développées tout au long de ce travail de recherche, la transition de l'analogie au numérique en mode *simulcast* et les partenariats banques et opérateurs de télécommunications pour le développement de services de Mobile Banking (*Orange Money, wari et M.bank*) imposent de repenser le modèle d'attribution des licences

²²¹ B. S. DIOP, préc., note 11, p.296-304.

²²² L.P.C.T, préc., note 46, art.131.

²²³ L'article 20 du code des télécommunications du Sénégal dispose « les réseaux et services de télécommunications sont soumis dans les conditions définies par le présent code et ces textes d'application, à l'un des régimes suivants : le régime de la licence, de l'autorisation et de la déclaration.

²²⁴ Le maintien d'un cadre réglementaire rigide, strict et sectoriel des activités de télécommunications tant dans l'accès au marché que dans la surveillance de son fonctionnement n'est plus envisageable. Ils sont désormais bouleversés par la convergence qui vient faire sauter les barrières qui justifiaient l'autorisation d'accès qualifié pour un service d'activité. J. BAPTISTE, préc., note 206, p.801.

pour éviter la détention de plusieurs licences pour chaque secteur d'activité. Par exemple, avec le *Mobile Banking*, la question du statut juridique des opérateurs qui proposent directement au public des services bancaires se pose désormais. Disposent-ils d'une licence bancaire pour s'adonner à cette activité? Est-elle nécessaire selon le droit bancaire? Quelle appréciation fait-on de la considération faite par l'ARTP de cette activité comme un Service à valeur ajoutée au point de vue la loi de 2011? Toutes ces questions restent sans réponse au moment d'écrire ce mémoire.

Cette situation de cacophonie va prolonger l'isolement du secteur des télécommunications aux secteurs voisins que sont l'informatique et désormais l'audiovisuel ceci engendré par la convergence et les NGN. Une situation certes rectifiable, mais qui nécessite un fort dynamisme de régulation *ex ante* afin de rendre les conditions d'accès aussi adapté et plus flexible. Il est cependant préconisé de contribuer fortement à la réduction de la régulation sectorielle *ex ante*, tout en incluant de nouveaux régimes de conditions d'accès.

Ainsi, trois nouveaux modèles nous sont ainsi proposés : les modèles de la licence spécifique²²⁵ à un service, la licence unifiée²²⁶ et la licence globale ou multiservice²²⁷.

²²⁵ Elle permet au titulaire de fournir un type spécifique de service. Elle est parfois délivrée comme licences individuelles ou générales dépendamment de la taille de l'économie de marché du pays concerné notamment de l'état d'évolution des mutations juridiques comme techniques.

²²⁶ Elle permet aux titulaires de fournir tout l'éventail des services au titre d'une autorisation unique en utilisant tout type de technologie ou d'infrastructure de communication capable de fournir les services souhaités. Dans la plupart des pays, les autorisations unifiées sont délivrées sous forme de licences individuelles. Dans certains pays, toutefois, l'octroi de ces autorisations emprunte certains éléments au régime des autorisations générales et à la procédure concurrentielle d'octroi de licences. Il en résulte une procédure hybride pouvant être qualifiée de procédure d'octroi de licences individuelles non concurrentielles : les requérants n'ont pas à entrer en concurrence pour un nombre limité d'autorisations, mais doivent remplir un certain nombre de critères pour avoir droit à une licence et leurs demandes seront soumises à une surveillance réglementaire rigoureuse.

²²⁷ La licence multiservice est choisie pour mieux présenter les changements de régimes juridiques à envisager avec la convergence. Vous trouverez plus de détails dans notre travail, mais également dans le module 3 du kit d'aide sur la réglementation des TIC : Autorisations des services de télécommunication.

Cependant, suivant la tendance récente sur les licences, le régime multiservice et neutre prend le devant. La pratique qui consiste à attribuer des licences individuelles détaillées aux fournisseurs de service de télécommunication, audiovisuel ou TIC de manière générale est progressivement remplacée par la délivrance d'autorisation à caractère général.

Cette nette amélioration des régimes juridiques dans les pays développés est issue du plan stratégique de prise en charge de l'évolution des TIC et de la convergence. Elle s'inscrit également dans la politique de stabilisation des marchés et de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Cette orientation vers les régimes d'autorisations globales ou multiservices permet aux titulaires de fournir des services différents et tous services souhaités au titre d'une autorisation unique en utilisant la technologie ou l'infrastructure de communication de choix.²²⁸.

En outre, les autorisations multiservices sont parfois délivrées sous la forme d'autorisations générales et, dans d'autres cas, sous la forme de licences individuelles. Il n'est toutefois pas rare dans certains pays que des autorisations multiservices soient régies à la fois par les régimes d'autorisations générales et par les régimes de licences individuelles.

Ainsi, les autorisations individuelles multiservices sont souvent délivrées sur la base d'une procédure d'octroi de licences individuelles non concurrentielle. Un régime d'autorisation multiservice pourrait également inclure des autorisations pour les opérateurs de réseaux, les services publics de télécommunications et les services à valeurs ajoutées. En effet, chacune de ces approches trouve sa particularité par rapport à la taille du marché à réguler et au niveau de la concurrence. Cette affirmation constitue le principe, mais à la vitesse de

²²⁸ Les régimes d'autorisations multiservices et unifiés favorisent le déploiement efficace de nouveaux services et de nouvelles technologies. Ils apportent la flexibilité nécessaire au développement des réseaux de la prochaine génération. M. TETRAULT et T. MIEDEMA, préc., note 198, p.13.

la diversité des services développés avec la convergence, s'impose le choix d'un modèle approprié et une surveillance réglementaire rigoureuse surtout dans les pays à échelle d'économie en développement et en transition. Cependant, la transition vers un tel régime mérite une certaine marge de relativisation basée sur la maturité du marché.

Le choix de transition vers un tel régime n'est pas une urgence pour les pays en développement, car les régimes de licences sont toujours adaptés aux marchés régulés.

En attendant, une politique d'harmonisation communautaire, un plan national pourraient être envisagés avec les acteurs du secteur afin de répondre aux urgences issues de la convergence. Par exemple avec le *Mobile Banking* ou l'opérateur de télécommunication joue un rôle de substitution au lieu de complémentarité avec les institutions financières, un régime juridique multiservice trouve toute sa légitimité. Mais la question majeure qui peut y ressurgir est celle de la validité de ce régime par rapport aux activités bancaires qui font l'objet d'une régulation particulière avec un régime juridique reposant sur des conditions différentes exigées dans le domaine des TIC. Cette situation confuse justifie la nécessité de repenser le régime juridique des télécommunications à l'heure de la convergence.

Toutefois, pour nous lancer dans une logique de fournir des recommandations pour un régime juridique adéquat basé sur la taille du marché et des nouvelles questions juridiques, nous devons au préalable mieux appréhender la régulation ex post. Nous allons cependant voir les améliorations à apporter pour une régulation de la concurrence saine et loyale avec la convergence télécommunication et audiovisuel.

Régulation *ex post* : Recours contre les décisions du régulateur devant la haute juridiction administrative; point à améliorer pour une concurrence saine et loyale à l'heure de la convergence

La régulation *ex post* est le fait d'intervenir pour rétablir l'équilibre ou sanctionner la violation d'une concurrence saine et loyale. Les réponses des juges (régulateurs et juges administratifs) aux questions juridiques issues de la convergence doivent trouver pour fondement le respect de certains principes, dont la transparence, la non-discrimination, l'égalité de traitement des usagers et la concurrence saine et loyale. La violation de ces principes par les acteurs de la concurrence est également sanctionnée par les régulateurs conformément au droit communautaire. Pour illustrer cette partie, nous prenons pour repère la régulation sectorielle dans le domaine des télécommunications pour ce qui concerne le Sénégal. Ce choix est basé sur la variété de matière jurisprudentielle qu'offre ce secteur.

Dans un contexte de régulation sectorielle, l'encadrement de la concurrence est une exclusivité du régulateur²²⁹ qui a un rôle d'organisateur du marché et de gendarmes par rapport aux pratiques anticoncurrentielles²³⁰. Cet encadrement doit être exercé sans aucune ingérence de toute autorité politique²³¹. Le régulateur doit veiller à ce que le comité

²²⁹ La fonction du régulateur n'est pas de tracer les contours d'une politique, voir légiférer ou de réglementer : c'est une fonction technique, économique, voir sociale d'adaptation permanente d'un secteur d'activité économique. J.M. Hubert, « le cas de l'autorité de régulation des télécommunications » in, la régulation. Nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? RF adm.publ. n 109,24, p.100 dans *les engagements dans les systèmes de régulation*, coll. Droit et économie de la régulation. Thèmes & commentaires, Paris : Paris, Dalloz ; presse de Sciences Po, 2006, p.146.

²³⁰ Le fait que les compétences du régulateur de la concurrence soient confiées au régulateur sectoriel est la conséquence de faibles moyens qu'a connus cet organe au niveau national. C'est en 1994 que cette mission a été conférée à l'ARTP pour organiser la concurrence dans le secteur des télécommunications au Sénégal par dérogation à la loi de 1994 sur la concurrence. B. S. DIOP, préc., note 11, p.409.

²³¹ L'indépendance du régulateur par rapport aux politiques et administratifs peut contribuer au renforcement de la qualité et l'efficacité de l'intervention de tout régulateur. Il faut alors un schisme confirmé avec les politiques et administrations. Il ne doit exister aucune tutelle. Christophe GENOUD, « Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? » (2004) 11, revue internationale de politique comparée, 187- 199.

responsable de la prise de décision soit impartial²³² et formé de personnes reconnues pour leurs compétences et nommées *intuitu personae*²³³. Ceci impose le respect au principe du procès équitable²³⁴. Les décisions rendues par les régulateurs doivent être motivées²³⁵ et peuvent faire l'objet de recours devant une juridiction supérieure pour une censure de l'excès de pouvoir, ou une annulation²³⁶. La grande majorité des décisions administratives et juridiques est susceptible de contestation, elle permet de contester d'abord la régularité formelle de la décision du régulateur ainsi que celle de la procédure suivie dans le cadre du traitement des litiges. Après l'épuisement des voies de recours internes²³⁷, il est possible de saisir l'institution judiciaire de la CEDEAO²³⁸. La voie interne de recours est composée de celle de l'autorité de régulation (recours administratif par exemple un recours

²³² L'impartialité est l'état d'esprit d'une personne désintéressée quant au résultat et disposée à se laisser convaincre par la preuve et les arguments soumis. Elle s'applique aux tribunaux judiciaires ainsi qu'aux corps administratifs. *Magnan c. ordre des orthophonistes et audiologistes du Québec*, EYB 2010-172579, 2010 QCCS 1533, par. 29, conf. Par EYB 2011-188934, 2011 QCCA 676.

²³³ Les principes de justice naturelle exigent que les instances et corps administratifs manifestent une indépendance décisionnelle et la plus grande impartialité dans l'exercice de leurs fonctions. « Cette notion d'impartialité réfère à l'état d'esprit du décideur. [...] celui-ci doit trancher le problème qui lui est soumis en toute liberté, sans être influencé par des intérêts personnels et des pressions externes. *Cie Pétrolière impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, [2003], 2 RCS 624, para. 28.

²³⁴ Attribuer ce même principe au régulateur dans le traitement de litige constitue l'une des garanties fondamentales octroyées au justiciable. Il permet que sa cause puisse être entendue deux fois et inclus l'obligation de rendre une décision motivée. Cette applicabilité est d'ordre jurisprudentiel. Voir arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 08 juin 1976 sur l'affaire Engel et autres c/ Pays-Bas, arrêt du 08 Aout 2007, affaire Sonatel c/ ARTP et l'État du Sénégal, Corriveau c. Avocats (Ordre professionnel des), 2008, QCTP 46, par.132, 136, et 123.5. Nous notons également une innovation majeure dans le code de 2011 à son article 149 avec l'obligation d'un recours gracieux préalable, ce qui ramène le traitement d'une cause à trois niveaux.

²³⁵ La décision rendue doit être comprise par le requérant ce qui lui permettra d'exercer pleinement les recours mis à sa disposition pour contester la décision, le cas échéant. En droit disciplinaire, l'obligation de motiver s'étend aux décisions préliminaires et aux décisions sur la sanction. Christian GAUVIN, Carolena GORDON et Caroline MALO, *le guide du décideur administratif*, 2015, p.43.

²³⁶ Prosper WEIL et Dominique POUYAUD, *Le droit administratif*, Paris, Presses universitaires de France, 2013, pp 105-109.

²³⁷ *L.P.C.T*, préc., note 44, art.149. par.3.

²³⁸ B. S. DIOP, préc., note 11, p 256-261. .

hiérarchique et un recours gracieux)²³⁹ et la chambre administrative de la Cour suprême du Sénégal²⁴⁰.

Au sens de l'article premier de la loi organique du 8 aout, le juge de la Cour suprême est le juge pour excès de pouvoir des autorités exécutives. « *La Cour suprême, créée en lieu et place du Conseil d'État et de la Cour de cassation, est juge en premier et dernier ressort de l'excès de pouvoir des autorités exécutives, ainsi que de la légalité des actes collectifs locaux* ». Il « *est ouvert même sans texte et a pour effets d'assurer conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* ». ²⁴¹

Toutefois, cette description organisationnelle témoigne relativement de la parfaite organisation du cadre juridique sénégalais à traiter des questions de la convergence, quel que soit le type institutionnel qui va être adopté pour ce qui est de la convergence Télécommunication et audiovisuel. En effet, pour mieux prendre en considération les effets complexes de la convergence et rendre plus efficace le recours, la diminution des durées de traitement de contentieux devient une nécessité. L'administration de la justice sénégalaise souffre de lenteur et de dysfonctionnement qui mécontentent toutes les parties prenantes justiciables, et leurs représentants, juges et auxiliaires de justice et minent l'État de droit dont se réclame le Sénégal²⁴².

²³⁹ Concernant le recours administratif, le recours hiérarchique n'est pas envisageable, car le régulateur n'est soumis à aucune tutelle. *Loi portant création du Conseil national de Régulation de l'Audiovisuel (CNRA)*, préc., note 92, art 26, para 7.

²⁴⁰ *Loi organique de la Cour suprême du Sénégal n 2008-35 du 7 aout 2008, J.O. 8 aout 2008.*

²⁴¹ Cons.d'Ét. 17 Février 1950, Concession du domaine dit "du Sauberthier", Recueil Lebon, p.3.

²⁴² Rapport IOS Partners, Dalberg, GENI et KEBE, Réforme du contentieux économique et financier et protection des investisseurs, Dakar, APIX, Sénégal, 2011 cité dans la thèse de B. S. DIOP, préc., note 11, p.454.

La juridiction sénégalaise, la Cour suprême plus particulièrement doit s'inscrire dans une démarche de qualité²⁴³. C'est dans cette optique que le décret n° 2013-1071 modifiant le décret n° 64-572 du 30 juillet 1964 portant code de procédure civile a été pris²⁴⁴.

Concernant la notion de délais raisonnables, elle a toujours été prise en considération lors des différentes réformes sur les durées de traitement²⁴⁵. Elle constitue une des conditions *sine qua non* de procès équitable dans la conduite des procédures judiciaires. Le manquement à cette condition (procédure anormalement longue) est considéré comme un déni de justice selon Lord Denning²⁴⁶.

Cependant, à l'heure de la convergence où la croissance des affaires exige l'adoption de voie de recours efficiente selon la nature du conflit. Le Sénégal doit s'inspirer alors de certaines réformes observées ailleurs, par exemple celle de la « *case management* »²⁴⁷.

Ce modèle semble être le plus favorable et trouve toute sa légitimité, mais dans un contexte de convergence marqué par une complexité des litiges et une augmentation de la valeur économique en jeu. Le recours aux technologies constitue également le modèle le plus

²⁴³ L'indicateur « qualité du cadre juridique et judiciaire de l'indice de la gouvernance dans le monde, de la banque mondiale, classe la qualité de la justice Sénégalaise en dessous de celle des pays comme la Tunisie, le Ghana, l'Afrique du Sud et tous les pays non africains figurant dans l'échantillon de référence.

²⁴⁴ Cette réforme fait l'objet d'un critique par Me Mame Adam Gueye qui stipule que la mise en œuvre de cette réforme n'est pas pleinement effective, car il n'y a pas encore une appropriation correcte et entière de la réforme par les acteurs majeurs de la justice que sont les juges, avocats et greffiers. Des services judiciaires plus rapides et plus efficaces, « *il faut une appropriation de la réforme par les acteurs de la justice* », Mame Adama GUEYE, « Environnement des affaires : des réformes pour l'émergence », 2014, n 89, *réussir*, en ligne :

<file:///C:/Users/Amadou/Documents/M%C3%A9moire/deuxieme%20partie,condens%C3%A9/point%20a%20am%C3%A9liorer/apix_r89-5.pdf> (consulté le 21 septembre 2015).

²⁴⁵ *Loi n° 92-23 du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel*, J.O 30 Mai 1992), p.1, art 12. Et *Loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008 portant création de la Cour suprême*, J.O. 6420, 08 Aout 2008, p.1.

²⁴⁶ Alfred Thompson DENNING, *The due process of law*, London; Woburn, Mass, Butterworths, 1980.

²⁴⁷ Baye samba Diop dans sa thèse propose ce modèle anglais comme efficient pour gérer les difficultés liées à la durée des traitements. Il affirme ainsi que l'adoption de cette démarche par la justice sénégalaise permettra de renforcer la confiance des investisseurs et, par conséquent, d'attirer des investissements. B. S. DIOP, préc., note 11, p.457.

approprié²⁴⁸ pour apporter une réponse satisfaisante et des solutions alternatives, passant par l'adoption de modes alternatifs de Règlement des différends²⁴⁹.

Depuis quelques années se pose un débat nourri sur un éventuel remplacement de la relation humaine juge et justiciable par un système informatique artificiel. À notre avis, cette inclusion informatique dans la procédure doit justement se limiter dans les perspectives d'accélération des procédures avec l'acceptation de la preuve technologique, la dématérialisation des procédures et l'accès à la justice en ligne voire une perspective de cyberjustice complétée²⁵⁰. Cette informatisation des systèmes nécessiterait obligatoirement une formation des acteurs du secteur de la justice à savoir juges, magistrats, avocats, huissiers et greffiers à l'usage des TIC dans les procédures ce qui contribuerait à la construction d'un cadre institutionnel hyper adapté.

Paragraphe 2 : L'adoption d'un cadre institutionnel en vue d'une régulation convergente.

La vague d'orientation des réformes entamée au début des années 90 continue d'alimenter le débat dans la sphère juridique africaine. On est passé d'une situation de déconcentration des pouvoirs vers une situation de renforcement de ces pouvoirs d'abord au niveau réglementaire et ensuite au niveau institutionnel. Sur le plan des textes les principes de la régulation sont bien reflétés. L'élaboration d'un cadre institutionnel indépendant²⁵¹ capable

²⁴⁸ Sophia BINET, *L'utilisation des nouvelles technologies dans le procès civil : Vers une procédure civile intégralement informatisée ?* Mémoire, Lyon, université Lumière Lyon 2, 2005, p.13.

²⁴⁹ Amadou Niokhor MBENGUE, *Une solution web et mobile pour répondre efficacement aux traitements des dossiers judiciaires.*, Université de Montréal, juillet 2014.

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ L'indépendance institutionnelle renvoie à la nature des relations qui lient une instance juridictionnelle aux autres formes de pouvoir judiciaire contre l'immixtion des pouvoirs législatif et exécutif. Pierre NOREAU, France HOULE, Pierre ISSALYS et Martine VALOIS, *la justice administrative : entre indépendance et responsabilité : jalons pour la création d'un régime commun des décideurs administratifs indépendants*, Cowansville, Québec, Canada, Éditions Yvon Blais, 2014, p.23.

de répondre aux questions juridiques nouvelles issues de la convergence constitue les défis prochains. Nous allons cependant nous baser sur les contraintes institutionnelles actuelles, humaines et financières pour proposer les points à améliorer en vue de la construction d'un cadre institutionnel adapté à la convergence et au contexte socio-économique de la région²⁵².

En vue de construire un cadre institutionnel capable de répondre soigneusement aux défis juridiques posés par le numérique, nous devons tendre vers un renforcement de l'indépendance du régulateur et la disparition de toute asymétrie visant la réglementation, car tous les acteurs sont appelés à mener leurs activités selon des règles identiques. Pour ce faire, il faut un cadre institutionnel idéal²⁵³. Cette indépendance doit être garantie sur le plan organique et fonctionnel.²⁵⁴

Sur le plan organique, on note à travers les textes juridiques que le principe de la gouvernance de la régulation est respecté (mode de nomination, mandat et inamovibilité).

²⁵² Cette démarche nous permettra d'éviter toute forme de copie des modèles européens ou américains sans prendre en compte le contexte socio-économique local et réglementaire communautaire (relation transnationale entre acteurs du secteur du numérique par exemple opérateur sénégalais et Maliens avec le *Mobile Banking*, la gestion des fréquences hertziennes avec les risques de brouillage, etc. CENTRE DE GÉOPOLITIQUE DE L'ÉNERGIE ET DES MATIÈRES PREMIÈRES (PARIS) (dir.), *Économie et droit de la régulation des infrastructures : perspectives des pays en voie de développement*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2008, p.72. Et UNIVERSITÉ DE NANCY II (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil : Actes du colloque organisé par le Centre de recherches et de documentation économique de l'université de Nancy 2 les 28 et 29 juin 2000*, Paris, Cujas, 2002, p.6.

²⁵³ Le choix du modèle institutionnel idéal requiert une évaluation des divers facteurs, y compris les besoins et les objectifs du pays, l'environnement politique, les prescriptions juridiques et les compétences existant sur le marché du travail. Ainsi, lors du forum des régulateurs de télécommunications tenu à Kampala en 2004, la recommandation 1 du forum précisait que « les pays devraient mettre en place des cadres juridiques, institutionnels, politiques et réglementaires appropriés dans un contexte de convergence. L'UIT devrait apporter le soutien nécessaire aux pays pendant cette transition. »

²⁵⁴ L'ouverture des marchés et la nécessité d'étendre les services aux régions rurales ont exigé de nouveaux ensembles de compétences réglementaires qui sont encore souvent très rares. La réponse aux besoins de convergence exercera de fortes pressions sur des ressources humaines et des capacités institutionnelles rares. Les États doivent ainsi tenir de vaste plan de consultation afin de définir des cadres institutionnels adaptés à la convergence. K. WILD, préc., note 65.

Plusieurs textes nationaux et communautaires confirment ce renforcement pour assurer une indépendance organique. Nous pouvons cependant citer l'article 154 et 155 du code des télécommunications, article 3 et 4 portant création du CNRA, article 4 de la Directive n° 01/2006 CM/UEMOA et l'article 11 de l'Acte additionnel A/SA 1/01/07 relatif à l'harmonisation des politiques et du cadre réglementaire du secteur des technologies de l'information.²⁵⁵

S'agissant du plan fonctionnel²⁵⁶, deux principes sont développés à savoir indépendance financière et le contrôle de l'utilisation des ressources.

S'agissant de l'indépendance financière, un plan de renforcement des caisses du régulateur et de financement adéquat est la base pour assurer et garantir un cadre institutionnel indépendant et capable d'échapper à toute forme de capture. C'est ainsi qu'il est recommandé à l'État de renforcer les crédits dégagés par le budget national afin de permettre l'atteinte des objectifs et le recrutement d'un personnel professionnel hautement qualifié. Le recours à d'autres plans tel que les versements au Trésor public des redevances de licences et celles pour l'utilisation du spectre payée par les opérateurs sont utilisés pour assurer une garantie de financement des autorités de régulation. Cette architecture établit pour garantir l'autonomie de financement des Autorités de régulation correspond en Afrique, à la façon pour les États d'établir l'équilibre entre la sauvegarde de l'indépendance

²⁵⁵ B. S. DIOP, préc., note 11, pp.324-325.

²⁵⁶ L'indépendance fonctionnelle est la faculté du régulateur de pouvoir exercer sa mission sans ingérence de toute autorité politique. Elle se manifeste par son détachement fonctionnel à l'administration. Elle est devenue une exigence régionale (article 4 de la directive de l'UEMOA relative à l'harmonisation des politiques de contrôle et de régulation du secteur des télécommunications et article 11 de l'Acte additionnel A/SA 1/01/07 relatif à l'harmonisation des politiques et du cadre réglementaire du secteur des technologies de l'information et de la communication) et internationale avec les engagements du Sénégal dans le cadre de l'OMC.

financière de redevances perçues des acteurs du secteur à réguler. Ces limites sur la gestion des excédents budgétaires doivent être traitées de manière anticipée afin de ne pas faire supporter le coût de financement de la régulation à d'autre secteur de l'économie²⁵⁷. L'État doit par conséquent, fixer le pourcentage pour les redevances et d'avance fixer la répartition des redevances perçues tout en respectant le principe de la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation.²⁵⁸ Toutefois, cette mesure doit être valable pour l'ARTP ainsi que pour le CNRA en vue d'établir un gage d'indépendance fonctionnelle des régulateurs sectoriels.

En outre, ces mesures de renforcement du cadre fonctionnel doivent être accompagnées de mesures coercitives qui exigent aux régulateurs de rendre des comptes annuellement.²⁵⁹ Deux mécanismes de contrôle sont ainsi consacrés à savoir la mise en place d'une structure d'audit interne²⁶⁰ et la mise en place des mécanismes de contrôle externe.

En principe, pour ce qui est de l'audit interne, les structures sont rattachées à l'autorité du président du conseil d'administration et au président du collège de l'autorité. Mais avec le nouveau code des télécommunications, on note un changement visant à rendre plus centrale la structure de contrôle interne tout en le rattachant au Directeur général.²⁶¹

Concernant le contrôle externe, il est exercé par un auditeur externe indépendant et les corps et organes de contrôle de l'État que sont : l'inspection générale d'État, le Service de

²⁵⁷ *Id.*

²⁵⁸ *Acte additionnel A/SA relatif à l'harmonisation des politiques et du cadre réglementaire du secteur des technologies et de la communication*, préc., note 96, art.12.

²⁵⁹ *Loi n 2002-23 du 04 septembre 2002 portant cadre de régulation pour les entreprises concessionnaires de services publics*, J.O. 6079 du 28 décembre 2002, exposé des motifs.

²⁶⁰ Bulanger HERVÉ, « L'audit interne dans le secteur public », (2013) 4-148 *Rev. Fr. Adm. Publique* 1029, p.1030. et Claude NAUDIN, « La pratique de l'audit interne », (2013) 2013-448 *Rev. Francoph. Lab.* 127-14.

²⁶¹ *L.P.C.T.*, préc., note 44, art.180.

Contrôle financier de l'État, la Direction centrale des Marchés Publics et l'agence de Régulation des Marchés Publics.²⁶²

Section II : Recommandations visant l'adoption d'un cadre juridique convergent des télécommunications et de l'audiovisuel

La convergence entre télécommunication et télédiffusion est déjà effective ou en voie de l'être dans presque tous les pays membres de l'IUT. Le choix d'un modèle réglementaire devient alors de plus en plus urgent. Il s'ajoute à cette dimension institutionnelle la question réglementaire qui avec le numérique transite entre une régulation ex ante spécifique à chaque secteur et une régulation ex post du droit de la concurrence. Solutionner ces enjeux tirés de la convergence passe par le choix d'un modèle institutionnel (1) qui conduit à faire les meilleures propositions adaptées au cadre institutionnel pour encadrer le cadre normatif (2)

Paragraphe 1 : Recommandations visant l'adoption d'un cadre institutionnel collaboratif visant l'indépendance du régulateur.

L'un des résultats majeurs de la convergence est l'apparition d'un marché radicalement nouveau ou les asymétries de la réglementation sont appelées à disparaître, car tous les acteurs sont appelés à mener à bien leurs activités selon les mêmes règles. Pour ce faire, il faut un cadre institutionnel idéal²⁶³. Ainsi, face à la convergence, les États ont le choix entre quatre grandes solutions réglementaires :

²⁶² B. S. DIOP, préc., note 11, p.332.

²⁶³ Le choix du modèle institutionnel idéal requiert une évaluation des divers facteurs, y compris les besoins et les objectifs du pays, l'environnement politique, les prescriptions juridiques et les compétences existant sur le marché du travail. Ainsi, lors du forum des régulateurs de télécommunications tenu à Kampala en 2004, la recommandation 1 du forum précisait que « les pays devraient mettre en place des

- Maintenir le statu quo
- S'appuyer sur les structures en vigueur;
- Élaborer un modèle réglementaire distinct applicable aux nouvelles activités et qui coexistera avec la réglementation en vigueur pour les télécommunications et la radiodiffusion;
- Mettre en œuvre un nouveau modèle réglementaire applicable à la totalité des services existants et nouveaux.

Par manque de consensus sur la nécessité d'élaborer une nouvelle réglementation visant le démantèlement des structures de réglementation ou le maintien du statu quo, il était proposé de suivre la voie de l'évolution telle que proposée lors de la conférence européenne de l'audiovisuel de Birmingham en 1998²⁶⁴. Cette approche évolutive semblait être la meilleure solution réglementaire jusqu'au début des années 2000 période à laquelle le caractère stratégique se trouve renforcé par l'avènement du numérique et la recherche d'efficacité dans la régulation de la convergence²⁶⁵.

Pour apporter une réponse à ce brouillage des frontières sectorielles, plusieurs pays ont opté pour le regroupement de leurs institutions travaillant dans le secteur des TIC, en général, réunissant au sein d'une même entité d'anciennes agences responsables des

cadres juridiques, institutionnels, politiques et réglementaires appropriés dans un contexte de convergence. L'UIT devrait apporter le soutien nécessaire aux pays pendant cette transition. »

²⁶⁴ Le livre vert de la commission européenne proposait trois options réglementaires pour faire face à la convergence : « *La première consistait à préserver les cadres réglementaires sectoriels existants en se contentant de les adapter à mesure des besoins. La deuxième démarche visait à élaborer un régime réglementaire distinct et « allégé » pour les nouveaux services issus de la convergence, qui coexisterait avec les réglementations sectorielles actuelles. La troisième option, manifestement préféré par la commission envisageait l'introduction progressive d'une problématique réglementaire nouvelle, couvrant l'ensemble de l'économie numérique.* »

²⁶⁵ Union International des Télécommunications, « *Tendances des réformes dans les télécommunications 2012 : une réglementation intelligente dans un monde placé sous le signe de large bande* », édition UIT, Genève, 2012.

télécommunications, de la radiodiffusion et des TIC. Nous pouvons citer en exemple le Royaume-Uni, la Finlande, l'Italie, la Slovénie, la Malaisie et les É.-U.

Cependant, le Sénégal doit tendre également vers une redéfinition de l'étanchéité actuelle de la régulation sectorielle pour adopter un type de régulateur unique marqué par la fusion de l'ARTP et du CNRA. Ceci constitue l'une des positions défendues par certains spécialistes de la régulation²⁶⁶. Déjà en 2011, le CNRA dans son rapport annuel présenté au chef de l'État considérait qu'elle « *devrait étendre sa compétence à des secteurs traditionnellement cloisonnés comme l'informatique, l'Audiovisuel et les télécommunications jetant les bases d'une nouvelle forme de régulation des médias.* »²⁶⁷ Ceci, ajouté aux énormes avantages relevés sur le plan de la politique sectorielle et économique²⁶⁸, vient confirmer la pertinence de cette proposition de fusion pour garantir une régulation parfaite de la convergence, d'autant plus que sur le plan de l'administration interne, il offre une plus grande souplesse dans les traitements des questions connexes.

Nous sommes du même avis que ceux qui soutiennent la thèse de la fusion que nous jugeons comme la réponse à long terme d'une régulation parfaite de l'économie numérique au Sénégal, tout en prenant en compte la dimension régionale de l'accroissement du marché de la concurrence.

Aborder la régulation de la concurrence nous renvoie à la pertinence de l'autorité nationale de la concurrence du Sénégal dans un contexte de convergence. Il est certain que son

²⁶⁶ B. S. DIOP, préc., note 11, pp.306-322.

²⁶⁷ Rapport annuel au président de la République, 2011, p.51

²⁶⁸ B. S. DIOP, préc., note 11, pp.314-317.

existence est d'importance primordiale, seule l'exclusivité communautaire²⁶⁹ peut être relevée comme contrainte majeure. Mais avec les moyens technologiques proposés pour améliorer le déroulement des procédures, cette limite pourrait être surmontée. Il restera alors tout simplement de renforcer les disponibilités des ressources financières, matérielles, humaines et au niveau législatif de rendre effectif les projets de réformes²⁷⁰.

Toutefois, dans une dynamique d'action à court terme en attendant la maturité complète du marché de la concurrence sénégalaise, nous suggérons de se limiter simplement à la construction d'une parfaite collaboration entre les institutions réglementaires et la commission nationale de la concurrence²⁷¹ afin de répondre aux questions imminentes qui vont surgir avec la transition au numérique²⁷².

Cependant, une telle collaboration associée à une politique d'élargissement du marché des secteurs télécommunication et audiovisuel avec un engagement dynamique permettrait d'asseoir les bases d'une concurrence saine et loyale à dimension nationale et régionale. Au

²⁶⁹ Mor BAKHOUM, « Cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'Union Économique et Monétaire ouest-africaine (UEMOA) », (2011) t.XXV-3 *Rev. Int. Droit économique* 305-309.

²⁷⁰ Des projets de réformes non effectives sont entamés dans certains pays membres de l'union. Les états manifestent un désintérêt de poursuivre l'œuvre législative et de doter des services de la concurrence de moyens nécessaires. En effet, dépossédés de toute compétence pour la réglementation des pratiques anticoncurrentielles, les États membres ne voient pas nécessairement l'opportunité d'investir dans les réformes des législations nationales de la concurrence. *Id.*

²⁷¹ Avant cette collaboration il faut une redéfinition de la réglementation des pratiques anticoncurrentielles et des compétences données aux autorités de régulation pour connaître du contentieux. Pour le Sénégal, la pratique anticoncurrentielle dans la loi sectorielle par exemple des télécommunications (article 5) Il est reconnu à l'Agence de Régulation des Télécommunications et des Postes (ARTP), en dérogation à la loi de 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique, la compétence pour connaître des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des télécoms. Cette dérogation est contraire aux dispositions du droit communautaire qui reconnaît une compétence exclusive à la commission

²⁷² Cette proposition correspond à celle choisie par l'Union européenne. Elle la considère comme la meilleure solution. Elle soutient ainsi l'adaptation de la législation aux nouveaux services et d'établir progressivement un modèle réglementaire radicalement nouveau. COMMISSION D'ÉTUDE 1, *Incidence de la convergence des télécommunications, de l'audiovisuel et des technologies de l'information*, 3e période d'étude, 10/11, Genève, Union International des Télécommunications, 2006, en ligne : <www.itu.int/publications> (consulté le 28 septembre 2015).

niveau régional, des politiques réglementaires plus adaptées au niveau de la concurrence pourraient être envisagées sous la pression des commissions nationales. Également, un modèle de régime juridique adapté avec un cadre unifié pourrait être envisagé au niveau communautaire. Nous pensons déjà à des éventuelles réformes sur le plan réglementaire concernant l'introduction de nouveaux régimes juridiques d'autorisations unifiés ou multiservices pour une régulation *ex ante* du marché de l'économie numérique sénégalais.

Paragraphe 2 : Recommandations visant un cadre normatif indépendant et impartial

Le choix d'un modèle approprié au numérique exige une amélioration du cadre normatif réparti entre la régulation *ex ante* et la régulation *ex post*.

Concernant la régulation *ex ante*, définir un régime juridique s'impose compte tenu des différentes demandes d'extension de licence demandées ces dernières années par les acteurs du numérique. Les opérateurs audiovisuels, dont *Excaf télécom* ont demandé la modification de leur convention de concession pour pouvoir utiliser la technologie IP²⁷³. De même, les opérateurs de télécommunications sollicitent une extension du périmètre de leur licence à l'offre de contenus audiovisuels. Ceci marque une tentative d'entrée dans le marché de l'Audiovisuel par un opérateur de télécommunication en signant des conventions²⁷⁴ de partenariat avec des opérateurs du secteur de l'audiovisuel²⁷⁵. Si nous rajoutons à la liste les partenariats opérateurs de télécommunications et les banques pour

²⁷³ B. S. DIOP, préc., note 11, p.309.

²⁷⁴ Startimes, opérateur multinational appartenant à des Chinois, a signé une convention de consortium avec la Radio télédiffusion sénégalaise pour offrir des services de transport audiovisuel et un service d'accès à internet.

²⁷⁵ La SONATEL sollicite une extension du périmètre de sa licence à la production de contenus audiovisuels avec Sonatel Multimédias qui offre déjà des services de télévision ADSL.

fournir des services de *Mobile Banking* considérés par le code des télécommunications comme une activité de service à valeur ajoutée, nous pouvons soutenir le choix d'une autorisation globale ou unifiée au lieu de l'autorisation multiservice. Dans un contexte de convergence télécommunication et radio-télédiffusion ce modèle semble être plus approprié, car elle ne présente aucune distinction relative aux types de services²⁷⁶. L'autorisation globale reste toutefois indiquée pour les activités caractérisées par un dynamisme et une évolution technologique rapide. Elle doit ainsi pleinement son succès à la neutralité offerte, la simplification des procédures, la souplesse et la réduction de la charge administrative.

Cependant, l'adoption d'un tel modèle impose un relèvement des conditions d'attribution des autorisations et une limitation du nombre d'acteurs afin de pouvoir continuer à bien assurer sa mission de régulateur du marché. Ces limitations doivent être entendues rationnellement, car les régulateurs doivent attirer les investisseurs et encourager la concurrence dans les secteurs à réguler tout en favorisant la pénétration de nouveaux entrants sur le marché sénégalais. Toutefois, ces conditions doivent constituer les leviers pour bâtir une régulation *ex ante* adaptée à un cadre unifié suggéré dans une approche de réaménagement réglementaire dans le long terme. En attendant la construction d'un cadre normatif complété et le choix d'un modèle d'autorisation, nous recommandons de

²⁷⁶ Tout comme les cadres unifiés, les autorisations multiservices sont également neutres du point de vue de la technologie et permettent aux licenciés d'offrir un vaste ensemble de services sous couvert d'une seule autorisation. Tout comme le cadre spécifique à un service, l'autorisation multiservice empêche encore toutefois le licencié de fournir certaines catégories de services comme la radiotélévision. MS. MINDEL D et E LA TORRE, TÉLÉCOMMUNICATIONS MANAGEMENT GROUP, INC., *Regulation for licensing and authorization of converging services*, Document 1 / 251-E, Geneve, ITU, 2009, en ligne : <http://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/GSR/GSR09/doc/STudyGroup_draftreportQ10.pdf> (consulté le 28 septembre 2015).

continuer avec les mêmes modèles, mais par voie réglementaire, apporter des modifications pour mieux prendre en compte les nécessités de la convergence.

Dans une vision à court terme, les exigences sont également dans la régulation *ex post*. De manière générale, les mécanismes d'une régulation *ex post* adaptée au marché de la concurrence sont réunis, mais il faut tout de même renforcer la confiance entre régulateur et consommateur représenté sous forme d'association : par exemple l'Association des Consommateurs du Sénégal (ASCOSEN)

Les consommateurs sont aussi considérés comme des acteurs de la concurrence. La confiance doit être établie entre eux et les régulateurs doivent éviter tout rejet de la part de ces derniers. Cette confiance passe par le renforcement des organisations de défense des consommateurs par secteur d'activité, l'ouverture à la consultation et l'inclusion de la problématique du consumérisme en plus de la logique administrative, institutionnelle et technique. Les régulateurs doivent tout faire pour rebâtir un élan de confiance et empêcher la propension des actions propres des associations des consommateurs auprès des régulateurs qu'elles considèrent dans certains cas plus efficace²⁷⁷.

Toujours pour préserver l'équilibre et sanctionner les mauvais comportements, au sens de la concurrence, les procédures de règlement des litiges doivent être améliorées conformément aux principes fondamentaux de la transparence, de la non-discrimination, de l'égalité de traitement des usagers et de la concurrence saine et loyale. Cette

²⁷⁷ Au lancement du GSM, SONATEL avait prévu de faire payer l'appelant et l'appelé, comme il le faisait avec son système analogique Radiocom 2000 qui précédait le GSM. SONATEL arguait que tous les deux (appellant et appelé) devraient payer, car utilisant une fréquence radio. L'ASCOSEN a pu s'y opposer en proposant que, seul, celui qui appelle soit facturé. Dans ce cas d'espèce l'ASCOSEN, n'a pas saisi l'ARTP pour trancher le litige, mais juste l'opérateur en soutenant qu'elle souhaité gain de cause de manière plus rapide et efficace. Momar NDAO, *Limite de la protection des consommateurs par les autorités de régulation au Sénégal*, Mémoire, Dakar, cheikh Anta DIOP, 2007, p.40.

amélioration doit avoir pour soubassement l'impartialité des juges administratifs, mais également doit rendre le contrôle administratif et judiciaire conforme aux normes établies au niveau communautaire (CEDEAO) et au niveau interne.²⁷⁸ Elle doit également viser l'amélioration des procédures en temps et en qualité. En vue d'apprécier parfaitement la question de l'impartialité du juge administratif dans sa mission de contrôle administratif, il est important d'évaluer la pertinence d'accorder le pouvoir discrétionnaire au régulateur comme connu au Canada avec l'application des principes de modulations des juges administratifs suivant les mêmes fondements d'application à la hausse ou à la baisse.

Des recommandations sont formulées à cette occasion visant à renforcer l'indépendance institutionnelle. Allant au-delà de cette notion d'indépendance institutionnelle, est soutenu le renforcement du pouvoir discrétionnaire du régulateur. Ce pouvoir discrétionnaire accordé aux juges administratifs doit faire l'objet d'une transposition aux décideurs administratifs malgré les positions divergentes de la doctrine sur ce point.²⁷⁹ Certains soutiennent que la discrétion du régulateur doit être réduite au minimum et d'autres pensent qu'accorder un degré important de discrétion au régulateur est inévitable dans un contexte de régulation de l'économie numérique. On peut toutefois être d'accord que le choix du modèle institutionnel influe forcément sur l'accord ou non d'une telle autonomie, ceci nous renvoie en droit canadien, à la modulation des principes. L'application d'un tel principe aux régulateurs permettrait d'établir la légitimité des décisions et l'impartialité du régulateur. Toutefois, la consécration d'un tel principe ne garantit pas à elle seule l'impartialité du

²⁷⁸ *Loi organique de la Cour suprême du Sénégal*, préc., note 233.

²⁷⁹ Plusieurs expériences tendent à démontrer qu'un régulateur immature avec une autonomie limitée et un degré élevé de discrétion peut être comme un facteur de risque élevé pour les investisseurs alors que certains contrats fonctionnent mieux sans régulateur. Par exemple le contrat d'affermage de l'eau au Sénégal. CENTRE DE GÉOPOLITIQUE DE L'ÉNERGIE ET DES MATIÈRES PREMIÈRES (PARIS) (dir.), préc., note 252.

régulateur. Il faut alors y rajouter sur le plan fonctionnel l'indépendance financière aussi bien de l'AAI²⁸⁰ que des agents²⁸¹ et sur plan organique l'indépendance institutionnelle.²⁸²

²⁸⁰ B. S. DIOP, préc., note 11.

²⁸¹ Cour Suprême du Canada, 18 septembre 1997, 24508, 24778, *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.; renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.* [1997] 3 RCS 3, en ligne : <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1541/index.do>>.

²⁸² B. S. DIOP, préc., note 11, pp.143-157.

Conclusion

La convergence fait encore parler d'elle dans tous les domaines à savoir technique, économique, politique, social et juridique. Elle est restée un mystère pour beaucoup même si on en parle depuis le début des années 90. Comprendre l'engouement qui tourne au tour de cette notion et mieux appréhender les changements qu'elle a occasionné dans les domaines techniques, économiques et juridiques ont constitué nos repères pour un travail de recherche visant à élaborer une stratégie de régulation de la nouvelle notion : économie numérique.

Cette notion a connu une appréciation relevée avec la convergence. Les deux secteurs convergents choisis dans ce travail sont désormais étroitement liés; alors que jadis étaient profondément distincts. Ce rapprochement nous permet de les présenter comme « une révolution », car il modifie l'équilibre économique, social et politique. Il bouleverse profondément l'environnement juridique, car confrontent les juristes aux limites des règles qui sont en place; ce qui peut être, dans certains cas, appréhendé comme une grande insécurité juridique²⁸³. Ce grand bouleversement a imposé, comme on l'a constaté sur le plan technique, une redéfinition du cadre juridique encadrant les secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel.

En Europe, déjà en 1997, suite aux multiples problématiques relevées et au besoin d'établir une harmonisation réglementaire, le débat était posé par les commissaires Martin Bangemann et Marcelino Oreja sommés par la publication d'un livre vert sur les implications juridiques de la convergence. En 2002 suite à un débat international très

²⁸³ J. BAPTISTE, préc., note 206, p.789.

passionnant, l'Europe adopte plusieurs directives plus connues sous le nom de « paquet Télécom ». Elles furent transposées en droit français par l'adoption de la loi « communications électroniques et services de communication audiovisuelle » du 09 juillet 2004.

La publication de ce livre vert et des directives européennes a toujours servi de repère quand il s'agissait d'encadrer sur le plan juridique la convergence. D'autres textes juridiques et recommandations des organisations internationales telles que l'IUT et l'OCDE contribuent à renforcer la croissance de cette convergence. Elles contribuent également sur le plan technico — juridique à l'efficacité de leurs encadrements.

Concernant le plan juridique, comprendre les mutations sur le plan normatif et institutionnel constitue les bases d'une meilleure appréciation de l'environnement numérique marqué par la convergence. Caractérisé malgré cette convergence, sur le plan juridique, par une réglementation sectorielle. Le droit se doit de tenter de justifier la pertinence d'une telle méthode de régulation dans un contexte aussi convergent que jamais. C'est dans cette optique que nous avons, à travers notre travail de recherche, tenter de répondre à la question suivante : est-ce qu'avec la convergence des technologies, la régulation sectorielle continue à préserver sa pertinence au regard de l'environnement numérique actuel marqué par une convergence des services audiovisuels et télécoms? Répondre objectivement à une telle problématique mérite une analyse approfondie de l'environnement numérique du pays en question, voir le niveau de convergence des secteurs et comment le droit règle les problèmes juridiques posés. Cette méthode permet ainsi de relever les limites de la politique réglementaire au sens de la régulation et des textes, mais également nous permet de répondre de manière efficiente et précise.

Sur la base du droit international et des recommandations des organisations internationales et des expériences réglementaires diversifiées de certains pays, deux approches solutionnaires ont été relevées. Par ailleurs, aucune d'elle ne rejette totalement la pertinence de la régulation sectorielle, car suivant une approche à court terme, basée sur les contraintes économiques et concurrentielles des marchés à réguler, une simple collaboration des autorités administratives de régulation et de l'autorité de la concurrence permet d'assurer une régulation efficace des secteurs convergents. Cette approche jugée à court terme dans ce travail de recherche est la même adoptée généralement en Europe, par exemple en France avec l'ARCEP et le CSA. Cette approche européenne n'est pas mal en soi, mais l'approche unifiée ou de régulateur unique plus connu dans le système anglo-saxon est à notre avis plus rigide et conforme à l'économie numérique comme présentée aujourd'hui. Il est cependant précis que cette approche à court terme ne puisse s'appliquer que dans un marché concurrentiel immature ou pas totalement élargi avec de multiples concurrents comme connus en Europe.

Par ailleurs, sur la base des politiques gouvernementales africaines à faire de l'économie numérique un pôle d'accroissement des économies des pays passant par l'attrait des investisseurs étrangers et de la croissance, il faut prévoir une approche de régulation juridique à long terme. C'est ainsi que la mise en place d'un régulateur unique visant les deux secteurs en question est proposée : la fusion de l'ARTP et du CNRA.

Donc, la réponse à la problématique posée, confirme la pertinence à un certain niveau, de la continuité de la régulation sectorielle, mais également invite les États à s'orienter vers une fusion des deux autorités moyennant un dispositif réglementaire qui va prendre en compte la régulation de l'infrastructure et du contenu. Elle doit cependant être envisagée

moyennant une politique d'harmonisation des politiques au niveau régional compte tenu du caractère transnational des effets de la convergence : par exemple la diffusion des signaux avec la TNT.

Cette réponse trouve son fondement dans les deux parties de notre travail de recherche présentant les mutations apportées par la convergence sur le droit de manière général à savoir sur les rationalités, les régimes juridiques et au niveau organisationnel.

Dans la première partie, il est d'abord étudié les différentes approches, adoptées par les États sur le plan juridique, ensuite sur le plan normatif et institutionnel, qui correspond à des modèles phares qui peuvent être repris par n'importe quel État pour réguler l'économie numérique. Il est ainsi relevé au niveau juridique, que les états privilégiaient l'approche législative et réglementaire pour répondre de manière efficiente à la régulation de la convergence. Mais depuis plus d'une décennie, différents mécanismes alternatifs sont développés par les acteurs en relation avec les États pour rendre la réglementation plus allégée et la concurrence beaucoup plus croissante dans une dynamique de marché équilibré moyennant des normes à portée « inter parte » dont seuls les signataires sont tenus de respecter. C'est ainsi que la politique de l'autoréglementation et de la Co régulation caractérisées par une absence de rigidité, contrairement à l'approche législative qui n'inclut aucune démarche de consultation des différentes parties, sont adoptées comme mécanismes alternatifs à l'approche traditionnelle d'intervention du droit dans un marché en mutation. Il est également étudié les effets changeants dans la façon d'élaborer le droit avec l'apparition de nouveaux acteurs notamment le déplacement du foyer d'élaboration de la norme. D'un foyer principal d'élaboration, la normalisation est passée sous l'effet de la globalisation économique à un foyer partagé avec d'autres instances prenant en compte

d'autres normativités à savoir : la normativité scientifique et économique au sens de la régulation. De plus, différentes approches inspirées de la pratique sont développées dans cette partie, indiquant que la fusion d'au moins deux de ces approches phares présente plus d'efficacité au sens de la régulation de l'environnement convergent du numérique.

Concernant l'aspect organique et institutionnel moult approches sont présentées. Chacune revêt un fondement particulier justifiant sa pertinence, ce qui a permis de justifier, à l'appui des fondements économiques et concurrentiels, notre réponse concernant la pertinence de la régulation sectorielle à l'heure de la convergence.

Toujours dans une démarche justificative des changements opérés sur le droit par la convergence, la place du droit est étudiée tout au long de cette partie sur la base des réglementations et des politiques publiques définies par les États. Conformément aux justifications obsolètes de certaines règles de droit classique et l'apparition de nouvelles rationalités, les règles de droit changent. Ceci vient confirmer que les rationalités juridiques changent en fonction des raisons d'être avancées moyennant la prise en compte des traditions juridiques.

Ces mutations sont nettement évaluées moyennant une méthode d'analyse macro-juridique et micro juridique qui permet d'identifier les carences, problèmes, contradictions et difficultés auxquels un gouvernement peut faire face au moment d'établir des politiques réglementaires.

Hormis cette justification de la place importante du droit dans les politiques publiques des États, nous avons également tenté d'expliquer les différents mécanismes de réglementations à caractère réglementaire, économique et communicationnel qui

permettent de garantir le plein succès à l'énonciation des normes juridiques des pouvoirs publics.²⁸⁴ Ceci marque une évolution des paradigmes de la régulation et touche profondément les rationalités qui l'ont toujours composé, car le droit est devenu plus ouvert et s'exprime désormais à travers des règles générales ayant pour vocation d'encadrer toutes situations nécessitant l'intervention de la norme, quels que soient la technologie et le support utilisés. Il continue tout de même à élargir son interaction avec la réglementation en faisant désormais plus recours à des principes et mécanismes relatifs au droit de la concurrence pour tenter de répondre de manière efficiente, cohérente et flexible à la convergence des technologies. En effet, cette amélioration des techniques et mécanismes de réglementation touche aussi les procédures d'élaboration et d'application de la norme.

En dépit de ce qui précède, il est certain que le droit connaît des mutations énormes tant sur le plan de son élaboration que sur le plan de son application occasionnant l'apparition de nouvelles notions issues de la convergence et de normativités autres que celles purement juridiques, dont le dividende numérique et la télévision numérique terrestre, qui présentent respectivement des caractères économiques et techniques.

Cette relative prise en compte de normativités autres que juridiques justifie qu'avec les technologies le droit change, mais garde toujours la même hiérarchie des normes. Cette invariabilité de la hiérarchie des normes témoigne de l'effet primitif du droit sur les autres sciences même si ces dernières ont une influence déterminante dans la façon de l'élaborer compte tenu des défis et des mutations enregistrées. Elles sont ainsi analysées suivant un contexte politico-économique et social du pays qui fait l'objet d'étude.

²⁸⁴ P. TRUDEL, préc., note 195, p.6 -26.

Pour le cas du Sénégal, l'accent est mis premièrement sur le contexte politico-économique et social du pays pour analyser la phase réelle de la convergence marquée par la transition de l'analogie au numérique.

Ensuite, l'aspect juridique de cette nouvelle phase innovatrice visant à relever, conformément aux recommandations de l'IUT, le niveau de la qualité de l'image et la conformité des modes de transmissions et de régulation aux normes internationales sont profondément étudiés.

Enfin, une démarche d'analyse de la conformité des régimes juridiques actuels et des cadres normatifs et institutionnels au contexte de la convergence sont suivis de recommandations utiles visant à améliorer le cadre juridique en question.

À propos de l'analyse des différentes procédures techniques comme institutionnelles visant à réussir la transition de l'analogie au numérique au Sénégal; les défis majeurs qui l'encadrent sont relevés. L'évaluation passe par l'appréciation du niveau d'engagement de l'État à en faire un succès et les contextes socioculturel et politico-économique du pays.

Ainsi, se rajoutent à ces éléments les défis juridiques visant à réguler le passage de l'analogie au numérique. Ce dernier met en exergue la transmission, car avec cette transition, un nouveau dispositif de transmission est exigé conformément à la qualité des normes techniques. L'intervention du juriste dans ce processus de choix de la norme de transmission paraît inappropriée. Mais au regard des exigences des normes internationales, les juristes sont habilités, suite aux conseils et avis des techniciens à choisir la norme sur des bases fortement juridiques conformément aux exigences de l'IUT qui sont d'ordre technique et administratif.

La collaboration des autorités administratives indépendantes et ces nouvelles institutions sous la tutelle du ministère des Télécommunications et de l'Économie numérique ont permis de choisir à la date du 15 juin la transmission en mode « simulcast » en attendant le passage au tout numérique. En outre, le choix d'opérateur multiplexe ou de compression des signaux a été portée sur l'opérateur « *excaf télécom* ». Ce choix suscite de nombreuses interrogations sur les risques de positions dominantes compte tenu du contrat de concession qui lie la société excaf télécom à l'État du Sénégal.

Toutefois, ce choix objectif défendu par les autorités doit aller au-delà des aspects techniques, car les enjeux économiques sont alors énormes si on se réfère au financement de la transition, mais également aux contributions des consommateurs pour pouvoir suivre la télévision une fois la fin du « simulcast ». En vue de véritablement profiter de la transition au tout numérique, l'État peut compter pleinement sur l'exploitation du dividende numérique généré à cette occasion.

Ces dividendes numériques doivent être administrés de la manière la plus efficiente possible dans le but d'augmenter les profits des acteurs, dont l'État, de développer de nouveaux services et de pouvoir faire face à la pénurie prochaine de fréquences prévue pour 2020.

Toutefois, cette logique d'exploitation des dividendes cache un problème juridique autre, qui est celui de l'attribution des signaux TNT ou des fréquences radioélectriques de manière générale. Cette attribution s'effectue moyennant un régime juridique précis. Elle accompagne le processus de régulation de l'économie numérique de manière générale, mais surtout de la transition vers le numérique, car les changements des paradigmes

imposent sur le plan juridique une réadaptation des régimes moyennant une procédure unifiée et ceci dans le but d'être en phase avec l'article 44 de la constitution de l'IUT.

Sous la gestion de l'ARTP, l'attribution des fréquences s'effectue sous le régime de l'autorisation qui avec la TNT mérite une amélioration des procédures et une délimitation en fonction de l'intérêt visé par rapport à l'exploitation. Cette amélioration prend également en compte, sur toute la ligne, les caractères techniques tout en respectant le principe de la neutralité technologique. Ainsi, trois règles principales sont relevées pour accompagner cette procédure d'attribution d'autorisation; la règle du premier arrivé premier servi, l'appel à candidatures et l'adjudication aux enchères.

Chacune d'elle garantit une efficacité procédurale, mais la fusion de la règle du premier arrivé premier servi et l'appel à candidatures présente plus de transparence et permettrait de gagner en termes de limitation des durées de mandat des licences d'exploitation. Dès lors, nous serons en phase d'une intervention normative à savoir *ex ante* et *ex post* de la part du régulateur. Cette intervention normative va au-delà des améliorations sur les procédures d'attribution, mais touche également le modèle de la licence à accorder pour l'exploitation des services autorisés par l'ARTP. Trois approches sont alors proposées dépendamment du niveau d'intervention et du point choisi en vue d'être amélioré.

S'agissant des recommandations visant la mise en place d'un cadre juridique convergent, la question de l'indépendance du régulateur demeure le point essentiel sur lequel d'autres chercheurs pourraient s'intéresser afin de continuer la réflexion sur l'application d'un pouvoir discrétionnaire aux régulateurs comme accordé aux juges des tribunaux, mais également sur les risques juridiques d'une telle application surtout dans le cadre de la régulation ou les enjeux économiques sont énormes.

TABLE DE LA LÉGISLATION

COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE DES ÉTATS DE L'AFRIQUE DE L'OUEST, Acte additionnel A/SA
relatif à l'harmonisation des politiques et du cadre réglementaire du secteur des
technologies et de la communication (2007), A/SA 1/01/07, en ligne :

<<http://www.osiris.sn//IMG/pdf/ACTE-2.pdf>>.

Loi n° 92-23 du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel (1992), 92-23, en ligne :
<<http://coursupreme.sn/images/rac/conseilconstitutionnel/loiorg92-23.pdf>> (consulté le
20 juin 2016).

*Loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle
et à la télévision du futur*, JORF n° 56 du 7 mars 2007.

*Loi n° 2002-23 du 4 septembre 2002 portant cadre de régulation pour les entreprises
concessionnaires de services publics*, J.O n° 6079 du samedi 28 décembre 2002

*Loi n° 2006-04 portant création du Conseil national de Régulation de l'Audiovisuel
(CNRA) du 4 janvier 2006*, J.O n° 6269 du 18 mars 2006.

Loi organique n° 2008-35 du 7 août 2008 portant création de la Cour suprême du Sénégal,
J.O n° 6420 du vendredi 8 août 2008.

Loi n° 2011-01 du 24 février 2011 portant code des Télécommunications, J.O n° 6576 du
14 mars 2011

Décret n° 2003-64 du 17 février 2003 relatif aux fréquences et bandes de fréquences
radioélectriques, aux appareils radioélectriques et aux opérateurs de ces
équipements (2003), J.O 6088 du 17 février 2003.

Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), J.O. n° L — 108, pp. 0033-0050.

TABLE DES JUGEMENTS

COUR SUPREME DU CANADA, Canada, Ministre des Transports, de l'infrastructure et des collectivités et Jagjit Singh Farwaha, 40, et s (2014), 2014 CAF56.

THE COMISIONNER OF LAW RÉVISON, MALAYSIA, Communications and Multimédia Act

1998, (1998), 588, en ligne :

<https://www.unodc.org/res/cld/document/mys/communications_and_multimedia_act_html/Malaysia_Communications_and_Multimedia_Act_1998.pdf> (consulté le 21 novembre 2015).

CONSEIL D'ÉTAT, Société des eaux du Nord (2001), 221 458, en ligne :

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008066286&dateTexte=>>.

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et ouvrages collectifs :

BARREAU DU QUÉBEC, « La télécommunication : l'évolution des nouvelles frontières », dans *développements récents en droit des Télécommunications*, Yvon Blais, 105, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 1998, p. 14.

BECK, U., L. BERNARDI et B. LATOUR, *la société du risque sur la voie d'une autre modernité* [Paris], Flammarion, 2004.

BENYEKHEF, K. (dir.), *Gouvernance et risque : les défis de la régulation dans un monde global*, Montréal, Éditions Thémis, 2013.

BERNIER, I., A. LAJOIE et COMMISSION ROYALE SUR L'UNION ÉCONOMIQUE ET LES PERSPECTIVES DE DÉVELOPPEMENT DU CANADA, *Les Règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs* [Ottawa], Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986.

CARBONNIER, J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd, Paris, L.G.D.J, 2001.

CENTRE DE GÉOPOLITIQUE DE L'ÉNERGIE ET DES MATIÈRES PREMIÈRES (PARIS) (dir.), *Économie et droit de la régulation des infrastructures : perspectives des pays en voie de développement*, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2008.

- CHÂTILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- DABIN, J., *Théorie générale du droit*, coll. Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1969.
- DEFFAINS BRUNO, *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil : Actes du colloque organisé par le Centre de recherches et de documentation économique de l'université de Nancy 2 les 28 et 29 juin 2000*, Paris, Cujas, 2002.
- DENNING, A. T. D., *The due process of law*, London, Woburn, Mass, Butterworths, 1980.
- DU MARAIS, B., *Droit public de la régulation économique*, coll. Amphi, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Dalloz, 2004.
- FARJAT, G., *Droit économique*, 2^e éd., coll. Thémis, n°26, Paris, Presse universitaire, 1982.
- FRANCE, COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, J.-F. BIGAY, J.-L. LEVET, G. COLLETIS, J. GUELLEC et M. EL MOUHOU, *la nouvelle nationalité de l'entreprise dans la mondialisation : rapport*, Paris, La Documentation française, 1999.
- FRISON-ROCHE, M.-A. et C. BELLAMY (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, coll. Thèmes & commentaires. Droit et économie de la régulation, v. 1, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques : Dalloz, 2004.
- GAUVIN, C., C. GORDON et C. MALO, *le guide du décideur administratif*, 2015.
- GIROUX DANIEL, F. SAUVAGEAU, CENTRE D'ÉTUDES SUR LES MÉDIAS et CONSORTIUM CANADIEN DE RECHERCHE SUR LES MÉDIAS (dir.), *la rencontre des anciens et des nouveaux médias : actes du Colloque sur les modèles d'affaires et la régulation tenue à Montréal en novembre 2006*, Sainte-Foy, Québec ; Vancouver, C.B., centre d'études sur les médias ; consortium canadien de recherche sur les médias, 2007.

- HOULE, F., *Analyses d'impact et consultations réglementaires au Canada : étude sur les transformations du processus réglementaire fédéral : de la réglementation pathogène à la réglementation intelligente*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012.
- JOHNSON, G., *Stratégie*, 7^e éd., Paris, Pearson Éducation, 2005.
- LUHMANN, N., *la légitimation par la procédure*, coll. Diké [Sainte-Foy, Québec], Presse de l'Université Laval, 2001.
- MIAILLE, M. (dir.), *la régulation entre droit et politique : Colloque du Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'État, 1 et 2 octobre 1992*, Université de Montpellier I, coll. Collection Logiques juridiques, Paris, l'Harmatan, 1995.
- NOREAU, P., F. HOULE, P. ISSALYS et M. VALOIS, *la justice administrative : entre indépendance et responsabilité : jalons pour la création d'un régime commun des décideurs administratifs indépendants*, Cowansville, Québec, Canada, Éditions Yvon Blais, 2014.
- RENET, T. et L. VIDAL, *Annales de la régulation*, IRJS ÉDITIONS, 2, IRJS Éditions, 2009.
- ROSELL, S. A., *Refaire le monde : gouverner dans un monde en transformation rapide* [Ottawa], Presses de l'Université d'Ottawa, 1995.
- TEUBNER, G., *Le droit : un système autopoïétique*, 1^{re} éd., coll. Les Voies du droit, Paris, Presses universitaires de France, 1993.
- TRUDEL, P. et F. ABRAN, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Éd. Thémis, 1991.
- TRUDEL, P. et CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC (dir.), *droit du cyberspace*, Montréal, Éd. Thémis, 1997.

TRUDEL, P., F. ABRAN, D. ASSELIN, *Droit du public à l'information et vie privée : deux droits irréconciliables ? : actes du Colloque tenu à Montréal les 9 et 10 mai 1991*, Montréal, Éditions Thémis, 1992.

WEIL, P. et D. POUYAUD, *le droit administratif*, Paris, Presses universitaires de France, 2013.

Articles de revues et colloques :

ADLERT, R. S. et R. D. PITTTLETT, « Cajolery or Command : Are Education Campaigns an Adequate Substitute for Regulation? », *Yale J. Regul.* 1983.159-193.

ARCEP, « Compte rendu de la conférence les “Barbares attaquent la régulation” », R.S 2015, en ligne : <http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/CR-conf-barbares-attaquent-regulation-dec2015.pdf>.

BAKHOUM, M., « Cohérence institutionnelle et effectivité d'une politique régionale de la concurrence : le cas de l'Union Économique et Monétaire ouest-africaine (UEMOA) » (2011) t.XXV-3 *Rev. Int. Droit Économique* 305, DOI : 10.3917/ride.253.0305.

BAPTISTE, J., « Audiovisuel et télécoms : Quelle régulation? » (2006) 61-7-8 *Ann. Télécommunications* 787-808.

BELLEY, J.-G., « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : Pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) 18-1 *Sociol. Sociétés* 11, DOI : 10.7202/001041ar.

- BERNHEIM, E., « Le “pluralisme normatif” : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? » (2011) 67-2 Rev. Interdiscip. D'études Jurid. 1-41 DOI : 10.3917/riej.067.0001.
- BOY, L., « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », 2004.2004/9, en ligne : <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/2824/law04-9.pdf?sequence=1> (consulté le 15 septembre 2015).
- CHERRY, B. A., « Institutional governance for essential industries under complexity: providing resilience within the rule of law », (2008) 17 Commlaw Conspec. 1-31.
- CHEVALIER, J., « L'État régulateur » (2004) 3-111 473-482.
- CHEVALIER, J., « la régulation juridique en question » (2001) 3-49, 827-846
- COASE, R. H., « The Federal Communication Commission » (1959) II J.L.E, en ligne : http://www.jstor.org/stable/724927?seq=1#page_scan_tab_contents.
- CORNIU, J.-P., « L'économie numérique, un défi systémique » (2010), mai 2010-2 Ann. Mines — Réal. Ind. 93, DOI : 10.3917/rindu.102.0093.
- DEBLOCK, C., B. ÉLIE et N. MARCEAU, Les interventions de l'État dans l'économie et l'encadrement des marchés, 2003, en ligne , http://www.assoune.eu/documents/pol_intervention.pdf.
- FLUECKIGER, A., « Régulation, Dérégulation, Autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires » (2004) 123-2 Rev. Droit Suisse 159-303.
- FRISON-ROCHE, M.-A., « Les différentes définitions de la régulation » et « les difficultés françaises face à la notion de régulation », Petites Affiches 1998.Spécial.

- GENOUD, C., « Libéralisation et régulation des industries de réseau : diversité dans la convergence ? » (2004) 11-2 R.I.P.C 187-204, DOI : 10.3917.
- GUEYE, M. A., « Environnement des affaires : des réformes pour l'émergence », Réussir 2014.89, en ligne :
 <file:///C:/Users/Amadou/Documents/M%C3%A9moire/deuxieme%20partie, condens%C3%A9/point%20a%20am%C3%A9liorer/apix_r89-5.pdf> (consulté le 21 septembre 2015).
- HERVÉ, B., « L'audit interne dans le secteur public » (2013) 4-148 Rev. Fr. Adm. Publique 1029.
- HERZEL, L., « "Public Interest" and the Market in Color Television Regulation », (1951) 18-10 uclrev 802-816.
- HOULE, F., « La zone fictive de l'infra-droit : l'intégration des règles administratives dans la catégorie des textes réglementaires », McGill Law J. 2001.47.161-194.
- KHOLOD, A. et J. LEWIS, « Le dividende numérique : Possibilités et défis », Nouv. IUT 2015, en ligne : <<https://www.itu.int/net/itunews/issues/2010/01/27-fr.aspx>>.
- KNOPPER, B., « Professional norms: Toward a Canadian consensus », Health L.J 1995.3.
- LAURENT, C.-T., « Quelle régulation en Europe pour l'ère de la convergence ? » (2000) 18-100 Réseau 289-298.
- LEVIN, S. et S. SCHMIDT, « Télécommunications after competition : challenges, institutions, régulation » (2010) 12-2 info 28-40, DOI : 10.1108/14 636 691 011 027 166.
- LUCAS, A., « La réception des nouvelles techniques dans la loi, l'exemple de la propriété intellectuelle », juriscom.net 2001.87-88.

- NAUDIN, C., « La pratique de l'audit interne » (2013) 2013-448 Rev. Francoph. Lab. 12-14, DOI : 10.1016/S1773-035X (13) 71860-4.
- OST, F. et M. VAN DE CHERKOVE, « Juris-Dictio et définition du droit » (1989) 10 Rev.Fr 53-57.
- SAGNA, O., « *Privatisation, libéralisation, régulation : La réforme des télécommunications au Sénégal* » (2010) 234 Afr. Contemp. 114.
- SAMUELSON, P. A., « *The Transfer Problem and Transport Costs, II: Analysis of Effects of Trade Impediments* », (1954) 64-254 Econ. J. 264 DOI : 10.2307/2 226 834.
- TADEUSZ, G.-W., « *A framework for understanding "soft law."* » (1984) 30 (1) Mcguill Law J., en ligne :
<<http://www.heinonline.org/HOL/Page?page=37&handle=hein.journals%2Fmcgi130&collection=journals>> (consulté le 10 juin 2015).
- TIMSIT, G., « *Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation* », R.F.A.P 1996.78.375-394.
- TRUDEL, P., « *Les effets juridiques de l'autoréglementation* » (1988) 247-19 R.D.U.S, en ligne : <<http://pierretrudel.chairelrwilson.ca/cours/drt6906/trudelautoregle.pdf>>.
- VUJISIC, M., « *l'asymétrie d'information* », CREG 2007, en ligne, <<http://www.creg.ac-versailles.fr/l-asymetrie-d-information>> (consulté le 21 juin 2016).
- WEBB, K., « *Thumbs, Fingers, and pushing on string: legal accountability in the use of federal financial incentives* », Alta. Rev. Law 505.

Thèses et mémoires

DIOP, B. S., *la régulation des télécommunications au Sénégal*, thèse, Dakar, cheikh Anta

DIOP, 2012.

BINET, S., *L'utilisation des nouvelles technologies dans le procès civil : Vers une procédure civile intégralement informatisée?* Mémoire, Lyon, université Lumière

Lyon 2, 2005.

KANE, Oumar., *Économie de la régulation postcoloniale du secteur des télécommunications sénégalaises dans le cadre de la gouvernance globale : le cas des ressources communes*, Montréal, Université de Québec à Montréal, 2008.

NDAO, Momar, *Limite de la protection des consommateurs par les autorités de régulation au Sénégal*, Mémoire, Dakar, cheikh Anta DIOP, 2007.

Yochai BENKLER, « *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access* » (1999) 52 *Fed. Law Commun*, 561.

Autres documents :

AGENCE FRANÇAISE DE COOPÉRATION MÉDIA et ADETEF. Guide pratique pour le passage au numérique.

AHOKPOSSI, G.-C. et E. WALLACE, Guide pour la migration des médias au numérique à l'horizon 2015, Bénin — Cotonou, Open Society Initiative for West Africa (OSIWA), 2013.

BABINET, G., Le défi numérique : Comment renforcer la compétitivité de la France, Paris, Institut Montaigne, 2011?

BARBET, P. Imperfection des marchés des télécommunication, régulation et dérégulation, Cours de formation de BADGE Télécoms, Burkina Faso, Ouagadougou, janvier 2012.

CABINET ANALYSYS CONSULTING et CABINET HOGAN & HARTSON. Étude sur la valorisation du dividende numérique, Autorité de Régulation des Communications Électroniques, mai 2008.

COMMISSION D'ÉTUDE 1, Incidence de la convergence des télécommunications, de l'audiovisuel et des technologies de l'information, 3e période d'étude, 10- 1/1, Genève, Union International des Télécommunications, 2006, en ligne : <www.itu.int/publications> (consulté le 28 septembre 2015).

COMMISSION EUROPÉENNE, Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation, Com (97) 623, Bruxelles, 1997.

CONSEIL NATIONAL DE LA RÉGULATION DE L'AUDIOVISUEL, « Présentation du CNRA », en ligne : <<http://www.cnra.sn/do/presentation/>>.

DEBLOCK, C., B. ÉLIE et N. MARCEAU, Les interventions de l'État dans l'économie et l'encadrement des marchés, 2003.

DIONORI, F., S. ELLIS et P. CROVATO, Typologie et structures des organismes de contrôle du secteur ferroviaire dans l'Union européenne, Bruxelles, Département thématique, politique structurelle et de cohésion, Direction Générale des Politiques internes Parlement Européen, 2011, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/460038/IPOL-TRAN_NT%282011%29460038_FR.pdf>.

ÈVE-, L. B.-D. et J.-B. GRAMUNT, GUIDE PRATIQUE PASSAGE AU NUMÉRIQUE EN AFRIQUE SUB-SAHARIENNE, Paris, ministères des Affaires Étrangères, du Redressement Productif et de la Culture et des Communications de la France, 2013, en ligne : <<http://www.entreprises.gouv.fr/files/files/guides/GuideTNT-FR.pdf>> (consulté le 1er septembre 2015).

FOUCAULT, M. Histoire des Systèmes de pensée.

FRANÇOIS DAVID et JEAN-EMMANUEL CASALTA. Le déploiement des réseaux hertzien numérique et le passage au tout numérique : Kit juridique des pays francophones, Organisation internationale de la Francophonie, janvier 2012.

GRABENWATER, C., L'indépendance des organes de régulation des médias, 2008.

GURRIA, A. Recommandations concernant la politique et la gouvernance réglementaire., OCDE, 2012.

- HUBERT, J. M., « Intervention Asia télécom », Agence de régulation des communications électroniques et des Postes, décembre 2000
- INTERNATIONAL TÉLÉCOMMUNICATION UNION. Les Aspects juridiques et institutionnels de la réglementation : Module 6 Kit d'aide sur la réglementation des TIC, Télécommunications Management Group, Inc., novembre 2006.
- IYOK, J., Les politiques de réformes des télécommunications au Sénégal, 1, Dakar, Association for Progressive Communication, 2009.
- LABE, É., L'efficacité technique comme critère juridique ou la manière dont les lois se technicisent, Université de Montréal, 2003.
- MATRIX, S., Analyse des tendances en matière de convergence dans les médias numériques : innovation perturbatrice, possibilité des réglementations et défis, recherche, Ottawa, Ont. Canada, CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TELECOMMUNICATIONS DU CANADA, 2011.
- MS. MINDEL D et E LA TORRE, TÉLÉCOMMUNICATIONS MANAGEMENT GROUP, INC., Regulation for licensing and authorization of converging services, Document 1 / 251-E, Genève, ITU, 2009.
- MBENGUE, A. N. Une solution web et mobile pour répondre efficacement aux traitements des dossiers judiciaires., Université de Montréal, Juillet 2014.
- PENARD, T. et N. THIRION. La régulation dans les Télécommunications : une approche croisée de l'économie et du droit, cours, Rennes.
- PLUM CONSULTING, recommandation pratique pour le passage de l'analogie au numérique., London, Plum Consulting et Farncombe, 2013.

TETRAULT, M. et T. MIEDEMA. Autorisation des services de télécommunication ; kit d'aide sur la réglementation des TIC, international Télécommunication Union, Juillet 2009.

TRUDEL, P. La recherche sur les rationalités des règles de droit et les techniques de réglementation- Éléments d'un modèle, Centre de recherche en droit public, Faculté de Droit de l'Université de Montréal.

WILD, K. L'importance de la convergence dans le contexte des politiques des TIC, Association for Progressive Communication, octobre 2006.

